

# DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

*Rivista Giuridica Trimestrale*



1

2015 • ANNO III  
gennaio | marzo

EDITORI

Mario Covelli, Aldo Cimmino

DIRETTORE RESPONSABILE

Clelia Iasevoli

DIRETTORE SCIENTIFICO

Giuseppe Riccio

COMITATO SCIENTIFICO

Claudio do Prado Amaral (San Paolo),  
Raul Cervini (Montevideo),  
Javier De Luca (Buenos Aires),  
Maria José Jimenez Diaz (Granada),  
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Porto Alegre),  
Sergio Moccia (Napoli),  
Vincenzo Ruggiero (Londra),  
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

COMITATO DI DIREZIONE

Pasquale Andria, Antonio Baldassarre,  
Teresa Bene, Antonio Bonajuto, Aldo Cafiero,  
Beniamino Calabrese, Antonio Cavaliere,  
Melita Cavallo, Domenico Ciruzzi,  
Alessandro Cocchiara, Claudio De Angelis,  
Agostino De Caro, Patrizia Esposito,  
Roberto Gentile,  
Fausto Izzo, Alessandro Jazzetti,  
Carlo Longobardo, Alarico Mariani Marini,  
Mariano Menna, Ugo Pastore,  
Vincenzo Pezzella, Alessandro Piccirillo,  
Egle Pilla, Maria Francesca Pricoco,  
Maria Vittoria Randazzo, Sandra Recchione,  
Nicola Russo, Rossella Salvati,  
Giuseppe Sassone, Paolo Sceusa,  
Gustavo Sergio, Antonino Sessa,  
Gemma Tuccillo, Mario Zevola

COMITATO DI REDAZIONE

Mario Afeltra, Piero Avallone, Paola Brunese,  
Geremia Casaburi, Gianfederico Cecanese,  
Anna Maria Covelli, Mariangela Covelli,  
Annamaria D'Andrea, Maria de Luzenberger,  
Marco de Martino, Fabiana Falato,  
Arturo Frojo, Mario Griffò, Silvio Mancini,  
Valentina Masarone, Antonio Nappi,  
Maurizio Pierantoni, Ornella Riccio,  
Gennaro Demetrio Paipais, Daniela Savy,  
Massimo Sensale, Adele Viciglione

COMITATO DI REVISIONE

Claudia Cesari, Carlo Fiorio, Glauco Giostra,  
Elio Lo Monte, Luca Marafioti,  
Oliviero Mazza, Paolo Patrono, Mauro Ronco,  
Giancarlo Scalse, Francesco Schiaffo,  
Vania Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Giuseppe Liguori

## DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

*DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli. Si propone di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto processuale penale, nonché di giustizia minorile, in una prospettiva teorica e pratica, sia de lege lata sia de lege ferenda. L'accesso alla rivista è gratuito.*

Rivista fondata da Mario Covelli

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012

ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323

Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312

Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

[www.dirittoegiustiziaminorile.it](http://www.dirittoegiustiziaminorile.it) | [info@dirittoegiustiziaminorile.it](mailto:info@dirittoegiustiziaminorile.it)

# INDICE

## L'EDITORIALE

	GIUSEPPE RICCIO	07
--	-----------------	----

## L'OPINIONE

	<b>Il coraggio della verità</b> SERGIO MOCCIA	14
	<b>L'irrelevanza del fatto</b> GIORGIO SPANGHER	17

## GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO SOSTANZIALE	<b>Il sistema di giustizia criminale brasiliano e le comunità di tradizione giuridica democratica.</b> GERALDO PRADO	23
	<b>Presto una direttiva dell'Unione sui diritti processuali del minore autore di reato</b> LORENZO SALAZAR	33
	<b>La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato: l'esperienza del distretto di Napoli tra esiti, evoluzioni e involuzioni</b> GIACOMO DI GENNARO - MARIA DI PASCALE	42
DIRITTO PROCESSUALE	<b>Una nuova teoria della nullità: costruzione di un nuovo sistema di principi alla luce della strumentalità costituzionale della procedura penale</b> RICARDO JACOBSEN GLOECKNER	59
	<b>Indagini e prove tra monofasicità' e contraddittorio differito.</b> MARIANO MENNA	72
	<b>L'inutilizzabilità. Il perimetro della partita processuale: orizzonti o limiti? Riflessioni a bordo campo.</b> NICOLA RUSSO	83

# INDICE

**A volte ritornano: l'eterno dibattito sulla acquisibilità del "precedente" ex art. 500 c.p.p.** 89

MARIO GRIFFO

GIUSTIZIA  
MINORILE

**La prova dichiarativa del testimone vulnerabile**

SANDRA RECCHIONE

105

## GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

DIRITTO  
PROCESSUALE

**Un caso di *ne bis in idem* internazionale**

GIUSEPPE SASSONE

114

**Sul giudizio abbreviato**

EGLI PILLA

129

**Un'applicazione del nuovo regime del processo in assenza**

ANTONIO BALDASSARRE

136

GIUSTIZIA  
MINORILE

**Sulla competenza civile del Tribunale per i Minorenni**

PAOLO SCEUSA

153

## NOTE A SENTENZA

DIRITTO  
PROCESSUALE

**Il *ne bis in idem*: un principio fondamentale in ambito nazionale e sovranazionale.**

ANNALISA MALAFRONTI

161

**La messa alla prova per imputati maggiorenni all'esame delle Sezioni Unite.**

LUDOVICA MARTINS

168

GIUSTIZIA  
MINORILE

**Inosservanza delle cautele sottese all'esame incrociato del minore vittima di abuso sessuale.**

GENNARO DEMETRIO PAIPAS

176

# INDICE

## ESPERIENZE

**Il protocollo per le visite negli stabilimenti penali per la raccolta di informazioni sanitarie nel sistema penitenziario brasiliano** 182

CLÁUDIO DO PRADO AMARAL

**Devianza, criminalità e trattamento: la relazione educativa con l'adolescente dai contesti contenitivi ai nuovi modelli di inclusione.** 194

EMANUELE ESPOSITO

**Devianza minorile e qualità urbana: la bellezza libera l'etica** 198

GIANLUCA GUIDA

## L'EDITORIALE

GIUSEPPE RICCIO

Sono passati molti anni da quando Piero Calamandrei, protagonista della stagione postbellica della prestigiosa rivista *"il Ponte"*, si intrometteva nei problemi della "tortura nel carcere" o come aveva detto molti anni prima (nel 1904) Filippo Turati ne *"I Cimiteri dei vivi"*.

Questi testi storici, esternamente significativi, acquistano indescrivibile attualità a distanza di un secolo grazie a Paolo De Angelis, che, con il recentissimo *"Catarsi e giudizio"*, ripropone il tema alla nostra attenzione in epoca in cui il problema è rimasto uguale; se non è peggiorato; inspiegabilmente peggiorato.

Gli illustri precedenti, infatti, testimoniano la permanenza in questo Paese di una cultura che ha radicate origini e forza nell'ideologia del carcere come espulsione del delinquente dal corpo sociale, che fu arma consueta del periodo fascista anche nei confronti degli avversari politici, pure indipendentemente dai limiti garantistici del processo inquisitorio allora in auge.

È innegabilmente così, stando alle condanne dell'Europa; peggio: sarà innegabilmente così, se non ci si libera di un sistema carcerocentrico a cui sembra che non abbiano fornito contributi consapevoli né la Costituzione né le generose leggi clemenziali che si sono succedute negli anni per tamponare la disumanità di quei contesti; ma, più furbescamente, per evitare condanne e risarcimenti: si fa pure questo nel nostro Paese; si monetizza, cioè, la violenza prodotta dalla violazione dei diritti, spero, perché non si è coscienti della natura originaria di quei diritti, non per cinismo nei confronti dell'espulso, e non solo, se, a proposito del barbaro assassinio di Ambrosoli, Andreotti ha potuto affermare: "...sa, in fondo quello se l'è andata a cercare" (o giù di lì).

Ma sarà innegabilmente così se per ogni fenomeno emergente – noto da tempo – l'annuncio è sempre uguale, sempre quello dell'inasprimento della pena carceraria, come se non fosse sufficiente la centenaria dimostrazione dell'inutilità della pena carceraria per i "colletti bianchi", ora – da anni, in verità – coniugi indissolubili della c.d. "criminalità organizzata", come se questa non includesse da sempre il politico o l'amministrazione infedele, come se mai nessuno avesse detto e raccomandato di evitare che "l'infedele" non dovesse essere ammesso al "patteggiamento", secondo l'originaria filosofia del codice e perché efficace misura immediatamente applicabile, forse, se la Corte costituzionale ricorda che la filosofia dell'eguaglianza riguarda situazioni di pari opportunità, non di differenti opportunità: i delitti dei *wite collar* sono delitti di infedeltà che solo loro possono realizzare: quindi, è razionale e legittima l'eventuale esclusione dalla "benefica" procedura, non rientrando essa tra le situazioni soggettive protette, né nel sistema sanzionatorio penale, né nella più ampia accezione dell'art. 7 Cedu; discorso problematicamente coerente anche per la "prescrizione", soprattutto se la si considera nella sua natura processuale, non sostanziale; ma qui la dogmatica è tutta in salita. Altrimenti a che valgono gli annunci governativi rispetto ai "buoi già scappati" grazie a leggi liberticide, termine che qui indica la violenza alla società non al soggetto che la compie, che anzi è protetto da quelle leggi modificative dei delitti di infedeltà "privata" (falso in bilancio, ecc.) o pubblica (concussione ed altro).

Questa filosofia la dice lunga sulla cura della legalità nei diversi settori di questo Paese; e la dice lunga, in particolare, se si pensa alle forme con cui questo stato democratico e costituzionale intende risolvere il più che centenario problema, ora con leggi che "camuffano" la deflazione processuale alimentando il ricorso alla prescrizione, ora con farse giudiziarie di tono clemenziale per il "recupero" del condannato anche se questo ha ricoperto per vent'anni incarichi istituzionali di più alto prestigio, ora con nuove forme di "messa alla prova" per adulti, che modifica alla radice natura e funzione della "misura" comunque utile per "aggirare" i moniti europei e per evitare tristi destini di "malcapitati" concorrenti.

Queste forme, generali o particolari, comunque consuete, condividono un tratto comune, essendo tutte le ipotesi, realizzate o proposte, prive di cultura rispetto alla funzione del sistema penale; sono ignare, cioè, dei casi e dei modi per il "recupero" durante l'espiazione della pena, in assenza di indagini sociologiche capaci di dimostrare costi (umani) e benefici (giudiziari) di queste forme di aggiramento della effettività del diritto: al di là dei vizi semantici e del ridotto studio dei fenomeni a cui sarebbe possibile, giusto, utile ed opportuno offrire un atto di clemenza; al di là dei difetti dogmatici ed ontologici e della confusione concettuale; al di là degli stessi errori terminologici (per esempio: tra "messa alla prova" e/o "affidamento").

Al di là di tutto ciò, restano nebulosi gli effetti benefici delle ipotizzate misure e scarsa l'attesa della dovuta soluzione della insopportabile vicenda, indipendentemente dalla retorica del "recupero del condannato" di cui sono stanchi e disincantati pure i più ottimisti umanisti, pure quelli che insistono sul valore rivoluzionario dell'art. 27.3 Cost.; ma questo progetto potrebbe essere realizzato se una "mente pensante" avesse il coraggio della "rivoluzione" culturale, prima ancora che politica e istituzionale.

Rispetto a questo desolante quadro della situazione giuridica e giudiziaria del nostro Paese cambiano "passo" due sociologi napoletani, eccellenti ricercatori (*il prof. Giacomo Di Gennaro e la Dssa Di Pascale*), che affrontano il tema dell'annunciata "riforma carceraria" - c.d. "messa alla prova" - col "mestiere" del sociologo, appunto, col metodo della conoscenza dei fenomeni che caratterizza quella professione, ma che dovrebbe costituire il presupposto scientifico (da "Scienza" = "Conoscenza"), la premessa culturale, intellettuale e psicologica per affrontare con consapevolezza il delicatissimo tema; un metodo scevro da sovrastrutture dogmatiche, che, invece, spettano al giurista e, attraverso questo, al legislatore.

La storia del diritto ha coltivato sempre questo sano rapporto; ora perso nella prevaricante pretesa tuttologa del politico di turno che "fa" per dar modo a quello successivo di "disfare"; e, state certi, che chi grida al "disfattismo culturale" di queste comuni affermazioni ignora (o: fa finta di ignorare) le leggi penali di questi ultimi venti anni ed il sempre più palese degrado dei principi "moralisti" del diritto, quelli che costituiscono (= dovrebbero costituire) gli "enti" (= i valori) che regolano (= che debbono regolare) i fenomeni umani.

Di tanta pretesa ignoranza sconvolge, soprattutto, il moralismo dilagante; non v'è politico che non si indigni di fronte allo stato carcerario, pur essendo cosciente che il carcere è luogo degenerativo (ma il termine esatto è: criminalizzante), analisi pur'essa risalente nel tempo, quando, oltre le sapienti citazioni già fatte, negli anni 60, Melossi e Pavarini, negli studi su "Fabbrica e carcere", coltivavano l'idea ora riferita, con analisi mai contraddette né mai rimosse nella realtà.

In questo clima diventa un monito, severissimo, "Bisogna aver visto" (significativo titolo del corsivo editoriale del citato numero monografico su "la tortura del carcere" de "il Ponte" attribuito a Piero Calamandrei); e lo è in modo ancora più penetrante la critica dei metodi giurisdizionali sostenuta da Filippo Turati nel 1904, per il quale "Le carceri italiane sono (e restano) la maggiore vergogna del nostro Paese", primato che lo stesso Turati reputa "figlio del sistema che abbrutisce, che fa uscire dal carcere gente inebetita e incapace alla vita, piena di sdegno e di rancore contro di noi che viviamo all'aria libera, contro di voi che dovrete tutelarla e non la tutelate".

L'acritica indifferenza verso questa tradizione critica condiziona l'approccio al tema, dal momento che il "carcere" è istituzione repressiva inamovibile, anzi è istituzione repressiva unica per ogni tipo di reato. La prova è fornita dalla circostanza secondo cui l'emergere o l'aggravarsi di fenomeni criminali - peraltro noti è sempre uguali - producono l'unica risposta dell'innalzamento della pena carceraria e dell'allungamento della prescrizione, dimostrando una fantasia legislativa lontana dai bisogni di repressione immediata, dal momento che la natura sostanziale delle ipotizzate misure le rivolge ai fatti successivi alla loro pubblicazione non a quelli passati o contemporanei, noti o non noti; ma, solo, sul terreno della prescrizione si rintraccia qualche diverso segnale nel recente disegno di legge presentato alla Camera in materia di corruzione.

Quella insistita incapacità di ampliare lo sguardo sanzionatorio ad alternative alla repressione in considerazione del fatto di reato e dell'ente da esso offeso ha prodotte "riforme" dal '75 in poi che, se hanno realizzato parziali riconoscimenti di diritti dei detenuti, spesso molto poco operativi, hanno anche realizzato benefici "carcerari" idonei a confermare falsi "recuperi sociali" per concedere "libertà" il più delle volte tradite, con moltiplicazione di compiti giurisdizionali che hanno "intasato" anche la giurisdizione di sorveglianza i cui compiti, oggi, riguardano anche il merito della vicenda (es.: la dichiarazione della continuazione in sede esecutiva), proprio perché non si coglie il nodo del *tema politico e strutturale*, che non può non prendere le mosse dalla riforma del sistema delle sanzioni penali, caldeggiata dalla cultura giuridica sin dai tempi della Costituzione e prevista in tutti i progetti ministeriali il cui numero ora ha superato, invano, i limiti della necessità.

Soprattutto non si coglie che il ridotto "lessico" che denunciavamo inconsapevolmente (si spera!) si omologa ai disvalori detentivi, né si orienta sul riconoscimento dei diritti della persona, essendo considerata come opportuna risoluzione di un problema che, ormai, ha travalicato i confini del Paese e le condizioni minime del trattamento umano. Esso diventa così ulteriore fattore di incertezza, legato a poteri discrezionali di selezione dei criteri "premiali" e di valutazioni della corrispondenza tra criteri e persona.

Se questa è l'ambito di "fantasia" del nostro legislatore, non meraviglia che il sovraffollamento carcerario venga affrontato a valle con la c.d. "messa alla prova", forma clemenziale che analisi sociologiche dimostrano di scarsa utilità anche nel procedimento minorile; anche lì essa non ha dato prova di efficacia inclusiva nei principi sociali né ha funzionato da effettiva deterrenza rispetto alla recidiva; eppure sappiamo che essa è naturalmente congeniale alla tutela dei minori, quale forma di fuoriuscita dal circuito penale.

Ebbene, non si riesce a comprendere quale identità ontologica abbia questa filosofia con le esigenze di decarcerizzazione che caratterizza le "nuove" misure né quale beneficio possa portare alla prevenzione se su questo terreno è dimostrato il "fallimento" dell' istituto già nella giurisdizione minorile.

Insomma, a parere di chi scrive, se il circuito intellettuale e istituzionale che lega luogo della conoscenza del fenomeno e luogo della disciplina del fenomeno è il riferimento virtuoso di ogni buona opera legislativa, appare evidente che la "messa alla prova" come forma di decarcerizzazione è un assurdo politico e istituzionale prima che dogmatico, dovendo essere legata, almeno e indissolubilmente, a un progetto di "recupero" e, quindi, ad un programma operativo per la cui esecuzione mancano indirizzi e controlli; insomma di idee, prima ancora di strutture. Ed in questa chiave assume rilievo l'analisi di Ludovica Martins, avente ad oggetto *l'analisi del nuovo modulo differenziato incomprensibilmente oscillante tra diritto sostanziale e processo, che ha già creato delicati problemi applicativi*.

L'osservazione "politica" sembra ricevere più autorevole conferma nello scritto di Giorgio Spangher, che si interessa della "nuova" disciplina *in progress* della "archiviazione per tenuità del fatto", con una analisi che, al commento aggiunge, in anticipo problematici profili processuali.

L'Autore opportunamente si domanda se il giudice abbia il potere di modificare il "titolo" della richiesta di archiviazione, oppure quali debbano essere i termini dell' "inedita" opposizione dell'imputato che ritenga di aver diritto ad un "titolo" di archiviazione di segno diverso (aggiungo io: con utilità garantista sul diverso terreno civilistico per i reati con effetti patrimoniali).

Con eguale intenzione l'Autore si sofferma sulle perplessità di sistema, dal momento che l'ipotesi dell'irrelevanza di cui al D. Lgs. in corso trova il suo riferimento nell'art. 131 *bis* c.p.

Essa costituisce, cioè, un'ipotesi di "modificazione della pena" inserita nel Titolo V del Libro I del Codice penale, che rompe la linea di tendenza tesa a raccordare le nuove previsioni processuali – come la sospensione e la messa alla prova – con le disposizioni di diritto penale sostanziale, rivolte a comporre un nuovo quadro del regime sanzionatorio in linea di discontinuità con le previsioni premiali dei riti speciali del codice del 1988.

Ed è proprio sul terreno del sistema che si pongono altri interventi, a partire da *"Il coraggio della verità"* di Sergio Moccia, che ripete – mai a sufficienza – che lo stato di diritto deve tutelare le persone non solo con il diritto penale, ma anche dal diritto penale. Su questo presupposto il principio di legalità è considerato come fondamentale postulato dello stato di diritto a cui è affidato il compito di tutelare la persona contro arbitrari ed eccessivi interventi e di impedire l'inflizione di sanzioni non previste dalla legge o inflitte sulla base di una legge imprecisa o retroattiva.

Con la conseguenza che condotte socialmente dannose, magari meritevoli di punizione, restano esenti da pena se non v'è stata previsione legislativa che la sanzioni, con determinazione della pena, appartenendo pure essa alla garanzia del principio di legalità.

Dunque *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*; ma resta da stabilire cosa s'intenda per "pena" a cui va applicato il principio di stretta legalità, esercizio che l'Autore porta brillantemente a compimento.

Eguale impegno si avverte nello scritto di Geraldo Pardo, che ne "*Il sistema di giustizia brasiliano e le comunità di tradizioni democratiche*" dimostra che la Costituzione del 1988 non ha avuto, in quel Paese, l'impatto benefico sperato dall'Accademia con le norme del processo, che restano di tono autoritario, mancando, nella legislazione secondaria, l'accettazione delle norme statutarie con particolare riferimento alla "regola di struttura", che pure lì è data dalla presunzione di innocenza (che in uno scritto di recente apparso sulla Rivista *Giustizia penale* abbiamo definito "*paradigma di sistema*").

Sembra, cioè, che in quel Paese si stia vivendo, oggi, la stagione delle auspiccate riforme e delle incertezze giurisprudenziali, qui vissuta negli anni '60-'80, quando la combinazione inclusiva tra principi statutari e regole processuali era cultura elitaria e sensibilità intellettuale di scarsa tensione e richiama letteratura e lotte per le garanzie che caratterizzarono quella epoca nel nostro Paese.

Più specificamente per il settore minorile, poi, Lorenzo Salazar ci informa che, tra i temi penali affrontati dalle Istituzioni europee sotto la presidenza italiana, resta "sotto coperta", la "*proposta di direttiva sulle garanzie procedurali per i minori indagati od imputati in un procedimento penale*"; e commenta, con un pizzico di sensibile amarezza, che la sorte del processo minorile è affidata ai proclami politici del bisogno di alimentare la "*scommessa sociale*" in questa particolare epoca di scarsa natalità.

La proposta aveva avuto provvisoria conclusione in Consiglio dei Ministri della Giustizia ed Affari interni (GAI) il 5-6 giugno 2014, con un accordo di massima (detto: "approccio generale").

Ma è stato l'"ingorgo" istituzionale del 2014, seguito all'elezione del nuovo Parlamento e della Commissione europea, a far slittare l'avvio del c.d. "*trilogo*" interistituzionale, essendosi essi concentrati su altri dossier.

E molto opportunamente Lorenzo Salazar richiama la comunità a riprendere le fila del dibattito sulla proposta, in attesa che i lavori ricomincino, con rinnovata intensità, nel corso del 2015, unitamente alla raccomandazione che la Commissione ha presentato per le "persone vulnerabili" indagate o imputate in un procedimento penale e che - *cosa più importante* - indica agli Stati membri la necessità di prevedere una "*presunzione di vulnerabilità*".

L'intervento è tanto più importante quando si legge il commento di Sandra Recchione, che, in "*la prova dichiarativa del testimone vulnerabile*", esamina la crisi della prova orale con lo sguardo rivolto alle regole e direttive europee.

Eppure Ella deve annotare i limiti ancora presenti in giurisprudenza, quando ci si imbatte in decisioni prive di quel respiro garantista che caratterizza l'intimo rapporto con la Costituzione delle norme di procedura o, peggio, quando queste non ricevono quell'indirizzo statuario, che oggi è compito indiscusso del giudice. Ne costituisce un'esemplificazione pregnante la sentenza commentata da Demetrio Paipais. Sullo stesso tema dichiarativo Mario Griffò si intriga di un recente *dictum* del Supremo consesso nomofilattico.

Ed osserva che esso puntualizza che nei procedimenti relativi ai reati di violenza sessuale anche il riavvicinamento o la riappacificazione della persona offesa e dell'imputato possono costituire un "elemento concreto" idoneo ai sensi dell'art. 500, comma 4, c.p.p. ad incidere sulla genuinità della deposizione; di conseguenza, per quella Corte, "le dichiarazioni della minore/persona offesa [possono] essere acquisite in quanto nel corso dell'incidente probatorio è emerso che la stessa viveva in un clima violento e che aveva più volte manifestato paura di rendere dichiarazioni accusatorie".

Sul terreno più generale, sul terreno del processo penale si segnalano gli ulteriori contributi che docenti e magistrati hanno voluto dedicare a questa Rivista.

Tra questi, assume singolare posizione lo scritto di Mariano Menna, che affronta un tema "nuovo" sulla scia di una sua non più recente pubblicazione dedicata al "*Processo monofasico*": oggi si domanda quale rapporto potrebbe essere creato in quella immaginata struttura tra "*indagini, prova e contraddittorio differito*".

È un lavoro da leggere anche perché appaiono problematici i problemi che affronta, dalla non presumibilità da parte del giudice delle prove dell'eventuale completamento delle indagini al contraddittorio differito e alla formazione progressiva degli accertamenti.

Insomma, per Menna, "in un'ottica monofasica la relazione che può essere stabilita tra indagini e prove è innanzi tutto di intersecazione tra stadi di un'unica progressione del procedimento verso la sentenza di I grado e non più di giustapposizione tra fasi telelogicamente non omogenee".

In questo contesto, insomma, le investigazioni non si collocano più in un unico blocco connotato da strutturale segretezza e proteso verso l'esercizio di un'azione concreta, perché esse diventano atti che in sede accertativa rilevano esclusivamente come preparatori dell'esercizio del diritto alla prova nel contraddittorio con l'imputato.

Di tono più severamente intriso di opera interpretativa di tono sistematico Nicola Russo si interessa ancora, della "*inutilizzabilità*" con una coloritura dall'apparente vocazione calcistica, ma con un contenuto che dichiara il problematico approdo dogmatico della sanzione.

Infatti, ne "*Il perimetro della partita processuale: orizzonti o limiti? Riflessioni a bordo campo*" l'Autore evidenzia la scelta del Legislatore di non dettare per la categoria dell'inutilizzabilità una disciplina tipologica come è, invece, quella prevista per le nullità; e ciò, per lo stesso Autore, costituirebbe, probabilmente, l'affidamento al prudente bilanciamento del giudice il compito di misurare l'inferenza del vizio nel caso concreto. Su queste premesse egli affronta i temi delle connotazioni delle ipotesi d'inutilizzabilità speciali in materia di particolari prove dichiarative, intercettive e scientifiche.

In un contesto europeo si pone l'analisi di Annalisa Malafronte sul rilievo indiscusso del *ne bis in idem* in ambito nazionale e sovranazionale e l'esigenza d'introdurre misure idonee a prevenire l'instaurazione a monte di una pluralità di processi per il medesimo fatto a carico dello stesso individuo; un obiettivo, questo, che può essere realizzato solo attraverso un'innovazione delle discipline dei singoli ordinamenti in vista della loro futura armonizzazione.

## L'OPINIONE

## Il coraggio della verità

SERGIO MOCCIA

### ABSTRACT

*The rule of law must prevent the application of sanctions not provided by law or administrated on the basis of an inaccurate or retroactive law.*

Lo stato di diritto deve tutelare le persone non solo con il diritto penale, ma anche dal diritto penale. E contro arbitrari ed eccessivi interventi statuali nella sfera individuale è posto, tra gli altri, il principio di legalità: esso serve, pure, ad impedire l'inflizione di sanzioni non previste dalla legge o inflitte sulla base di una legge imprecisa o retroattiva.

È possibile affermare che il principio di legalità in materia di reati e di pene sia un fondamentale postulato dello stato di diritto. Dunque: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Per quel che concerne i reati, ciò significa che non può esservi punizione se un fatto non è stato dichiarato per legge punibile in maniera chiara e precisa, prima della sua commissione.

Ciò implica che qualunque condotta socialmente dannosa, pur se meritevole di una punizione, resta esente da pena se non è stata prevista da una previa legge penale. È questo il prezzo – non molto alto, invero – che si deve pagare, in uno stato di diritto, contro i rischi dell'arbitrio e dell'incertezza giuridica.

Ma, come abbiamo visto, ai fini della difesa delle prerogative individuali, alla formula del *nullum crimen sine lege* va aggiunta quella del *nulla poena sine lege*.

E questo significa che non solo il fatto dev'essere per legge predeterminato, ma che anche il tipo di pena e la sua entità debbono essere predeterminati per legge, prima della commissione del fatto.

La garanzia del principio di legalità servirebbe, infatti, a ben poco, se sul piano delle sanzioni lo stato potesse esercitare un notevole arbitrio, ad esempio rendendo più severa una sanzione penale o introducendone una nuova, con riferimento a fatti commessi prima della nuova, più gravosa, disciplina. Dunque *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Il principio di legalità, com'è ben noto, ha anche altre implicazioni non meno significative, che tuttavia non rilevano in questo contesto.

A questo punto, cerchiamo di capire che cosa s'intende per pena, a cui va applicato il principio di stretta legalità.

La pena criminale costituisce la forma attraverso cui, di regola, si realizza l'intervento dello stato finalizzato al controllo di fatti ritenuti socialmente dannosi e si sostanzia in una considerevole limitazione delle libertà individuali, a partire dalla libertà personale, ma non solo.

Nel vigente ordinamento le pene per i delitti si distinguono in principali (ergastolo, reclusione e multa), art.17 c.p., ed accessorie, art.19 c.p.

Queste ultime possono essere applicate solo in conseguenza dell'inflizione di una pena principale.

Le pene accessorie si distinguono dagli effetti penali, perché questi ultimi possono conseguire a prescindere dalla sentenza di condanna, mentre, va ribadito, le pene accessorie conseguono ad una sentenza di condanna.

Per quanto attiene più da vicino al contenuto delle pene accessorie, esse hanno prevalentemente un carattere interdittivo, dal momento che obbligano la persona a non svolgere determinate attività, limitando, temporaneamente o per sempre a seconda dei casi, la capacità giuridica – una sfera particolare di essa – del condannato, cioè impedendogli l'esercizio di diritti, sovente, fondamentali.

Le pene accessorie, in quanto pene criminali, sono sottoposte integralmente al principio di legalità e possono essere contenute, oltre che nel codice penale, anche in leggi speciali.

Non deve trarre in inganno il fatto che le pene accessorie attengano alla sfera della capacità giuridica in relazione a diversi settori dell'esperienza del diritto: diritto amministrativo, ad esempio l'interdizione dai pubblici uffici; diritto di famiglia, ad esempio la decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale; diritto civile, ad esempio l'interdizione dagli uffici direttivi delle imprese.

Ciò non implica che le pene accessorie perdano la caratteristica criminale – con tutto quello che è connesso in termini di regime giuridico – per acquisire, a seconda dei casi, il carattere di sanzione amministrativa, civile e così via: si tratterebbe di un grave errore, perché si confonderebbe la struttura dell'istituto con la sua funzione, con effetti perniciosi in ordine alla tutela dei diritti della persona (anche della più detestabile).

Dopo questa lunga, noiosa, ma indispensabile premessa, veniamo al problema della decadenza da parlamentare e dell'incandidabilità di Berlusconi: l'art.1 D.Lgs. n. 235/2012 dispone, alla lett. c), per i condannati con sentenza definitiva a più di due anni di reclusione per un delitto non colposo punibile con la reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, l'incandidabilità per il tempo stabilito dalla legge in ordine alle elezioni successive al passaggio in giudicato della condanna.

L'art.3 disciplina la decadenza da parlamentare del condannato già eletto, disponendo, al co.1, che in proposito debba 'deliberare' la Camera di appartenenza ai sensi dell'art.66 Cost.

A questo punto viene in gioco la Giunta per le elezioni. Essa, appare evidente, non ha affatto il compito di esercitare una mera presa d'atto, ma deve, secondo quanto richiesto dalla legge, 'deliberare', cioè esaminare il caso alla luce della normativa vigente, operando la verifica delle condizioni e, dunque, la verifica dei limiti temporali.

Vale la pena qui di ricordare che l'art.66 Cost., ancor più chiaramente, sancisce che la Camera di appartenenza "giudica" in ordine ai titoli di ammissione dei suoi componenti ed alle cause sopravvenute di ineleggibilità e di incompatibilità.

Ebbene, a me pare che il problema non sia tanto di conformità a Costituzione delle norme del 2012, quanto di un'applicazione delle norme secondo Costituzione.

In altri termini, la Giunta il problema avrebbe potuto, e secondo me dovuto, risolverlo autonomamente, deliberando la non applicabilità retroattiva della pena accessoria, in conformità al combinato disposto delle norme di cui agli artt.3, 25 co.2 Cost., 7 CEDU, 1 e 2 c.p.

Mi sembra, infatti, evidente che le norme di cui agli artt. 1 e 3 d.lgs. n. 235/2012 dispongano una sanzione sussidiaria alla condanna penale, per di più gravemente incisiva del diritto fondamentale di elettorato: si tratta, cioè, di una tipica pena accessoria, e, come tale, ferreamente sottoposta al principio del *nulum crimen, nulla poena sine lege*.

Ciò, al di là delle argomentazioni già svolte, viene confermato dal richiamo alla riabilitazione effettuato all'art. 15 co. 3 D.Lgs. n. 235/2012 quale unica possibilità di estinzione anticipata della sanzione: com'è noto, la riabilitazione è operante per le pene accessorie e gli effetti penali della condanna, il che, *ex adverso*, conferma la natura di pena accessoria della sanzione in parola.

Se una cosa è giusta, non diviene meno giusta quando a beneficiarne è un nostro avversario: come mi ha insegnato il grande Sandro Baratta, all'opportunità della reticenza va contrapposto il coraggio della verità. Lo richiede il rispetto dello stato di diritto e, dunque, della stessa democrazia: ed è giusto che sia così.

Considerazioni analoghe a quelle relative al caso Berlusconi valgono per la sospensione dalla carica di sindaco di Napoli di Luigi De Magistris.

Il principio di irretroattività dovrebbe trovare applicazione, infatti, pure nelle ipotesi di cui all'art. 11 D.Lgs. n. 235/2012.

Inoltre, va posto nel debito rilievo che la sospensione dalla carica finisce per configurare l'applicazione provvisoria di una sanzione assimilabile, al di là di truffe delle etichette, alla pena accessoria; ma in relazione a quest'ultima la possibilità dell'applicazione provvisoria, originariamente prevista dall'art. 140 c.p., è stata eliminata con il D. Lgs. n. 271/1989, in ragione del contrasto con la presunzione di non colpevolezza sancita all'art. 27 co. 2 Cost. La disciplina di cui all'art. 11 D.Lgs. n. 235/2012 confligge, dunque, anche con la presunzione di non colpevolezza.

# L'irrilevanza del fatto

GIORGIO SPANGHER

## ABSTRACT

*Being the particular tenuity of the fact seen as an useful instrument to reduce the amount of criminal trials, it is at the heart of the debate about the criminal process reform. However, besides the different way in which the criminal irrelevance has been conceived, the problem of its right dogmatic classification is still under discussion.*

Nelle ricorrenti ipotesi di riforma del processo penale – in una logica deflattiva – si fa spesso riferimento alla possibilità di definire il processo per l'irrilevanza del fatto.

Nella (ribadita) difficoltà di prevedere un'ampia depenalizzazione, nonché nella (ritenuta) impossibilità di consentire iniziative discrezionali del pubblico ministero, la decongestione del carico giudiziario è affidata a strumenti endoprocedimentali variamente premiali, consensuali, risarcitori e riparatori, nonché alle previsioni di situazioni di scarso rilievo penale, sotto vari profili.

Invero, dell'irrilevanza del fatto sono state prospettate tre declinazioni. In primo luogo, anche in ordine di tempo, la riferita situazione processuale è stata individuata – con specifico riferimento al processo minorile – nella tenuità del fatto e nell'occasionalità del comportamento, qualora l'ulteriore corso del procedimento pregiudichi l'esigenze educative del minore.

Il dato, in altri termini, opera per un verso, in relazione ad un fatto (di reato) tenue ed occasionale, per un altro, con riferimento alla peculiare situazione del soggetto imputato. Si conferma, sotto quest'ultimo profilo, la centralità della persona nel processo a carico di imputati minorenni.

Sotto il primo profilo, sono necessari entrambi gli elementi – sia quello della tenuità del fatto, cioè, il fatto tipico, ma connotato dal contesto o dalla finalità che lo caratterizza, in termini di scarsa offensività, sia quello della occasionalità, cioè, della prognosi di non reiterazione, *id est* della natura isolata dell'episodio.

Quanto al secondo elemento, si tratta di evitare le negative stigmatizzazioni del processo penale, ingiustificate rispetto al fatto commesso, di riaprire rapidamente i circuiti esistenziali della quotidianità e quelli tesi allo sviluppo della personalità, nonché, già in sede di decisione, di agevolare i percorsi conciliativi con la persona offesa e quelli dei futuri indirizzi comportamentali affidati al giudice con le spiegazioni ed indicazioni del caso.

Quanto agli aspetti procedurali, va sottolineato che, esclusa la possibilità di definire il procedimento con un siffatto provvedimento archiviativo (per la tensione con il principio di obbligatorietà dell'azione penale), la decisione de qua può essere assunta – a seguito di C. cost. n. 269 del 2003 – sia nell'udienza preliminare, sia nel rito direttissimo ed in quello immediato, sia nelle fasi del giudizio.

In larga prevalenza – al fine di far uscire rapidamente il minore dal circuito penale – la decisione sarà assunta nel corso delle indagini preliminari: sarà il p.m. a richiedere al gip una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto; in caso di mancato accoglimento della richiesta, gli atti saranno restituiti al p.m. per l'ulteriore corso delle indagini preliminari.

La seconda situazione inquadrata nell'ambito qui considerato è delineata nell'art. 34 del D. Lgs. n. 274 del 2000 relativamente al procedimento davanti al giudice di pace.

Si prevede, infatti, che il fatto sia di particolare tenuità, quando rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne sia derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza, non giustificano l'esercizio dell'azione penale; è comunque necessario considerare il pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del soggetto (imputato o indagato).

Come si può notare si tratta di una elaborazione più complessa rispetto a quella appena considerata anche in considerazione di un fatto di reato compiuto da un soggetto maggiorenne e, quindi, in grado di percepire più precisamente il disvalore della propria azione.

Va, infatti, sottolineato che si deve tener conto – sotto il profilo soggettivo – del grado della colpevolezza, nonché – anche in questo caso – prognosticamente dell'occasionalità – nei termini già riferiti – dell'episodio che resta illecito.

Tuttavia, sotto il profilo oggettivo, il fatto si connota per l'esiguità del danno o del pericolo, in relazione all'interesse protetto dalla norma incriminatrice, in relazione a tutti i reati di competenza del giudice di pace, senza alcuna esclusione.

Sotto questo aspetto, vanno considerati sia la tipologia sanzionatoria di questi reati, puniti prevalentemente con la sola pena pecuniaria sia la loro natura – spesso – bagatellare, comunque attestata alla soglia “bassa” delle lesioni dei valori tutelati, come dimostrano alcune entrate e uscite dal raggio della competenza del giudice onorario, in relazione al maturato disvalore del fatto.

Ciò non esclude che, anche in questo caso, si considerino le ricadute che il processo può determinare sulle vicende esistenziali considerate sotto una pluralità di aspetti, ognuno dei quali può assumere rilievo, indipendentemente dal pregiudizio per gli altri indicati dalla norma.

Sotto il profilo procedurale, il procedimento può essere definito, sia con archiviazione, sia con sentenza.

Secondo quanto espressamente indicato dal legislatore si tratterebbe di una situazione di improcedibilità dell'azione penale.

Si è in tal modo tentato di superare il profilo della discrezionalità dell'azione penale da parte del p.m. materializzatasi nella richiesta di archiviazione di un fatto comunque tipico ed illecito.

Il dato è verosimilmente riconducibile alla natura dei reati di competenza del giudice di pace, spesso ritenuta legata alla microconflittualità individuale, sicché il legislatore ha assegnato nella procedura *de qua* un ruolo particolare alla persona offesa.

Si prevede, infatti, che in caso di richiesta di archiviazione da parte del p.m., il giudice possa provvedere soltanto nella misura in cui non risulti un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento.

In altri termini, si tratta di valutare la permanenza – espressa o tacita – della situazione conflittuale così da ritenere ricomposta la frattura intersoggettiva determinata dal reato.

Qualora, invece, sia stata esercitata l'azione penale – sia perché il p.m. non abbia chiesto l'archiviazione ovvero il giudice non l'abbia disposta - il procedimento potrà essere definito con sentenza soltanto se l'imputato o la persona offesa non si oppongano. In questo caso, per un verso si tratta di valutare l'interesse dell'imputato ad un diverso esito del giudizio, ormai sfociato nel dibattimento e per un altro, l'atteggiamento – palese o implicito; ostile o conciliativo – della persona offesa, relativamente alla lesione subita con il reato.

La terza ipotesi di irrilevanza di fatto è prevista nella l. n. 67 del 2014 con la quale è stata formulata una delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio.

In attuazione della citata delega, è stato predisposto uno schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

In particolare – interpolando l'art. 131 bis c.p. – si prevede che nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni (per il computo dispone il cpv. della stessa previsione) ovvero la pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando per la modalità della condanna e per l'esiguità del danno o del pericolo, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

Abbandonati i negativi riflessi soggettivi del processo, anche in questo caso sono due gli elementi attorno ai quali si articola la previsione. Da un lato, si fa riferimento al canone della non abitualità del comportamento (non del reato).

Si tratta, cioè, di considerare una serialità di atti già maturati, e non valutazioni prognostiche di futuri atteggiamenti, senza escludere l'operatività dell'art. 414 c.p.p. nel negativo maturare del criterio de quo (anche se resta incerto l'intervallo tra i due episodi).

Dall'altro, se è escluso il riferimento espresso alla colpevolezza, non vanno trascurati i profili delle modalità della condotta che pur consentono valutazioni in chiave soggettiva.

Resta, invece, consolidato il canone dell'esiguità del danno o del pericolo, così da costituire una offesa di particolare tenuità ancorché in relazione ad ipotesi criminose di non secondario indice sanzionatorio in astratto (come detto, pena non superiore nel massimo a cinque anni o pena pecuniaria sola o congiunta alla citata pena detentiva).

Si tratta, come precisato dalla Relazione di accompagnamento, di una depenalizzazione in concreto, ovvero di un reato senza pena, come emerge dalla collocazione sistematica nel Titolo V del codice penale, nonché dalla considerazione della diversità delle ipotesi di tenuità del fatto per le quali è possibile invece applicare la pena.

Invero, si tratta di situazioni, ivi comprese anche quelle già tenui, appena delineate (se ne ricorrono le condizioni), per le quali manca il criterio di proporzionalità tra la pena ed il fatto, cosicché la sanzione non è ritenuta applicabile.

Si tratta, invero, di una cripto condanna: se pronunciata con sentenza dibattimentale questa ha effetto di giudicato *ex art. 652 c.p.p.*; va iscritta nel casellario anche se il provvedimento è disposto con archiviazione; è suscettibile di appello da parte dell'imputato in quanto si tratta di una decisione che esclude la punibilità stante il possibile pregiudizio che vi è sotteso; parimenti la sentenza per le medesime ragioni sarà ricorribile di ricorso per Cassazione; potrà essere appellata e ricorsa anche dal p.m. che non la condivide, come emergerà dal fatto che non abbia chiesto l'archiviazione; imputato e offeso possono opporsi all'archiviazione; in sede di atti preliminari al dibattimento devono essere sentiti oltre al p.m. ed all'imputato, anche la persona offesa.

Sotto questa prospettiva appare difficile ritenere che escluso il caso in cui venga disposta con l'archiviazione, la decisione possa conseguire effetti sicuramente deflattivi.

Non mancano anche profili processuali problematici. In rapida sintesi e senza pretesa di completezza.

Può il giudice richiesto dell'archiviazione per manifesta infondatezza disporre l'archiviazione per irrilevanza del fatto ovvero all'opposta richiesta d'un archiviazione *ex art. 408 c.p.p.* disporre l'archiviazione per la tenuità del fatto?

Come va valutata dal giudice l'opposizione "inedita" dell'imputato che ritenga di aver diritto ad una archiviazione di segno diverso, stante i riferiti pregiudizi normativi e le negative implicazioni di un fatto non edificante?

Quale rilievo attribuire negli sviluppi procedurali a fatti precedenti o successivi dello stesso tenore ovvero più gravi ovvero relativi a reati della stessa indole?

Restano naturalmente le perplessità di sistema evidenziate dalle diverse declinazioni dell'irrilevanza del fatto ove si consideri che il mutamento della competenza di un reato tra il giudice ordinario e quello onorario determina un mutamento dei presupposti per la definizione del procedimento per un fatto ritenuto tenue.

Non va trascurato, altresì, un significativo elemento di differenziazione sotto il profilo sistematico.

L'ipotesi dell'irrilevanza di cui al D. Lgs. in corso di approvazione trova il suo riferimento nell'art. 131 *bis* c.p., costituendo un'ipotesi di "modificazione della pena" inserita nel Titolo V del Libro I del Codice penale.

Si conferma, in questo modo, la linea di tendenza tesa a raccordare le nuove previsioni processuali – come nel caso della sospensione e messa alla prova (arg. *ex art. 168 bis* c.p. ed artt. 420 *quater* 420 *quinquies* c.p.p.) – con le disposizioni di diritto penale sostanziale, componendo il nuovo quadro del regime sanzionatorio, in linea di discontinuità con le previsioni premiali dei riti speciali del codice del 1988.

Il dato non trova analogo riscontro né in relazione all'irrilevanza di cui all'art. 27 d.p.r. n. 448 del 1988, né con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 34 del D. Lgs. n. 274 del 2000, con non secondarie ricadute anche in tema di regime transitorio dovendosi ritenere che la previsione opererà – in quanto norma più favorevole – per tutti i procedimenti in corso e pure per i reati commessi prima della sua entrata in vigore.

Le brevi considerazioni svolte – solo dei rilievi appena abbozzati – evidenziano, tuttavia, le difficoltà dell'istituto de quo a trovare nelle rigidità del nostro sistema di diritto penale sostanziale, processuale e nel modello sanzionatorio, una sua “messa a fuoco”, costretto a modularsi ed a conformarsi negli interstizi dei diversi contesti nei quali è chiamato ad inserirsi.

## GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

# Il sistema di giustizia criminale brasiliano e le comunità di tradizione giuridica democratica.

GERALDO PRADO

## ABSTRACT

*With The text emphasizes authoritarian remains in Brazilian criminal procedure even after the advent of the democratic constitution of 1988 and in spite of global transformations after the end of the Cold War. The authoritarian tradition, in our opinion, is responsible for the “crisis in Brazilian criminal science”, as may be seen in the production of theory as well as the milieu of legal practices. Attachment to the “Unitarian theory of procedure”, having forced affinities between civil and criminal procedures, and the consequent barrier imposed between criminal procedure and the other criminal areas (criminal law, criminology, etc.) characterizes this period in the academic domain. Refusing empiricism, despite the blatant preservation of torture, the incrimination of popular activism, and the undisguised use of a politics of repressive practices, favors the neoconservative tonic that is hegemonic in the institutions that make up the Criminal System, whose acts are plastered with proclamations of common-sense discourse of a strictly rhetorical ilk. The peculiar character of the recent transition to democracy and the institutional stability at the heart of Judicial Power, even after the 1964 military take over and the Estado Novo (1937) military regime, reveal a culture of restricted liberties and the use of criminal law in order to pacify dissidences. The various examples of impermeability of the Brazilian Criminal System to categories such as “presumed innocence”, confirm the hypothesis that political democracy to this day hasn’t taken demands of universalizing respect for the dignity of the human being, into account, a challenge that will require deep changes in the repressive apparatus of not only the system itself, but also in how practitioners are educated as jurists.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Procedimento penale brasiliano nell'attualità. – 3. Maturazione del dibattito teorico sul campo giuridico penale. – 4. Ultimi Commenti. Considerazioni conclusive.

1. Recentemente l’Istituto degli Avvocati Brasiliani (IAB) ha commemorato 170 anni di esistenza. In occasione dei festeggiamenti per il passaggio di data, ho tentato di elaborare, sinteticamente, delle riflessioni sullo stato morale della scienza del processo penale brasiliano che è ancora indelebilmente marcata da esperienze genetiche d’indole autoritaria.

In quest’occasione, ne condivido con la platea alcune; in particolare, condivido quelle riflessioni che considerano la tensione fra pratiche ancorate nella tradizione autoritaria, che non sono scomparse, e nuove formulazioni processuali penali rivendicate in tradizioni democratiche alle quali abbiamo aderito a partire dal 1988 con l’entrata in vigore della Costituzione, finalizzata a chiudere il ciclo della dittatura civile-militare del 1964.

La traiettoria comune allo IAB e alla procedura penale brasiliana indica la convenienza metodologica dell’analogia.

Così, il 7 Agosto del 1843, il Governo Imperiale approvò gli Statuti dell'Istituto degli Avvocati Brasiliani (IAB). Come indicato nella pubblicazione "*Instituto dos Advogados Brasileiros: 150 anos de História*", quello era un momento speciale per il Brasile indipendente: "le classi dirigenti erano impegnate nel consolidamento dello Stato Imperiale, mentre cercavano di costruire un'identità nazionale"<sup>2</sup>.

In ambito giuridico, l'intento di costruire quest'identità genuinamente brasiliana è stato caratterizzato, fra le varie iniziative, nel 1827 dalla fondazione dei corsi di Olinda e São Paulo, nel 1830 dalla pubblicazione del Codice Criminale e anche dalla promulgazione del Codice di Processo Criminale di Prima Istanza del 1832<sup>3</sup> sulla scia della Costituzione Imperiale del 25 marzo 1824.

Per molto tempo prevalse fra i giuristi la convinzione che la giustizia criminale brasiliana si fosse organizzata nella nascente monarchia sotto la larga influenza dei "pensieri illuministi", in opposizione al sistema delle Ordinazioni e dei suoi dispositivi d'indagine e tortura<sup>4</sup>.

Così Un'importante rilettura della nostra storiografia nel campo del diritto penale nelle ultime due decadi ha rivelato le contraddizioni fra una giustizia che allo stesso tempo assolveva contrabbandieri di schiavi e perseguiva i nemici politici del regime<sup>5</sup>. Il reale funzionamento del sistema penale, per molto tempo, non occupò la mente dei nostri giuristi benché, a rigore, fin dai primi scritti oscillassero fra testi della *práxis*, come le *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal de Primeira Instância* di Joaquim Bernardes da Cunha (1863)<sup>6</sup>, o dell'*Habeas Corpus e seu Recurso* di Manoel Godofredo de Alencastro Autran (1879)<sup>7</sup>, e altri lavori di carattere più teorico<sup>8</sup>.

In entrambi i casi si nota la scelta per il metodo di descrizione di questioni normative, senza alcuna associazione con il carattere selettivo del sistema di giustizia criminale denunciato dagli studi contemporanei di storia e antropologia riguardanti il secolo XIX e l'inizio del secolo XX.

Per tale motivo, non sorprende l'atteggiamento comune ai professionisti del diritto in relazione al sapere processuale penale "accademico", all'inizio della nostra vita indipendente e repubblicana, così come sottolinea José Reinaldo de Lima Lopes: "*Se di dottrina si può parlare all'inizio del XIX secolo, è in primo luogo il commento della legge. Non per niente i corsi di diritto e i rispettivi manuali si consolidarono, in Brasile come altrove, in commenti alle leggi, delle grandi leggi e dei grandi codici. Quando non fu così, si trattava di corsi che si avvalevano di grandi sintesi organizzate dai giusnaturalisti o di libri illustrati del XVII secolo e soprattutto XVIII, come dimostra la riproduzione, ancora nel XIX secolo, nel suo complesso o di una parte, dei lavori di Jean Domat, Robert Photier, Heinécio, o di teorici della legislazione (come Bentham)... Da quel rigetto della dottrina non stonano, quindi, le sintetiche decisioni del Supremo, il cui obiettivo era sempre di applicare la legge al caso.*"

---

2. *Instituto dos Advogados Brasileiros 150 anos de História*, p. 5.

3. PIERANGELLI, *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, Jalovi, 1983, p. 92-3.

4. *Idem*, p. 64 e 99.

5. FLORY, *El juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial, 1808-1871: Control social y estabilidad política en el nuevo Estado. México*, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 157-8.

6. Editore EDUARDO & HENRIQUE LAEMMERT.

7. Editore B. L. GARNIER.

8. Si pensi all'opera di JOÃO MENDES JR., *Direito Judiciário Brasileiro*, 1918. *Instituto dos Advogados Brasileiros 150 anos de História*, p. 5.

*I ministri del Supremo non si dedicavano loro stessi a fare dottrina attraverso di libri o pubblicazioni extra-giudiziali: la sua dottrina consisteva nelle loro decisioni*<sup>9</sup>.

2. È necessario riconoscere che ciò nonostante, negli anni '30 del XX secolo, con l'arrivo della concezione tecno-giuridica<sup>10</sup>, in Brasile l'introduzione della tematica delle relazioni di potere nel diritto processuale penale tardò a farsi sentire.

Il dialogo fra diritto e potere nel campo della giustizia criminale, attraverso la lente della dogmatica processuale penale, è ancora recente ed è importante notare come sia il risultato dell'interlocuzione con la criminologia critica, specialmente a partire dagli anni '90. Vale la pena sottolineare che questo processo di permeabilità fra il sapere criminologico e quello processuale, dal punto di vista della formazione accademica, ebbe luogo nella "periferia" della scuola tradizionale di processo di São Paulo<sup>11</sup>.

Secondo la posizione qui sostenuta, solo la rottura con il discorso idealizzato di un processo penale accusatorio, incapace di resistere a brevi scontri con la realtà, avvicinò il pensiero processuale penale brasiliano alle gravi questioni che impegnano la dogmatica processuale penale contemporanea.

Questa è caratterizzata dalla capacità di individuare i numerosi punti di tensione fra i diritti fondamentali della maggioranza indebolita del corpo sociale e la selettività e brutalità penale, proponendo meccanismi finalizzati ad addomesticare l'esercizio del potere punitivo.

È importante notare che il doloroso sorpasso della fase strettamente tecnico-giuridica non costituì un privilegio della dottrina processuale penale brasiliana.

Infatti, Antonio Cavaliere<sup>12</sup>, professore titolare di Diritto Penale dell'Università Federico II di Napoli, sottolinea che "il tecnicismo giuridico dominante nel periodo fascista e nel dopoguerra", in Italia, "escludeva la critica direzionata ai valori e ai principi dell'oggetto della scienza giuridico-penale". In questa situazione di impermeabilità del diritto in relazione alla politica è comprensibile la permanenza e la promozione di un'"attitudine metodica autoritaria", menzionata da Cavaliere<sup>13</sup>.

9. O Supremo Tribunal de Justiça do Império: 1828-1889. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 17.

10. Sull'avvento del "metodo scientifico" nell'ambito processuale penale, dal punto di vista scoperto dai giuristi affiliati alla concezione tecnico-giuridica nel Brasile: GRINOVER, Ada P. "Teoria Geral do Processo" in *O processo em evolução*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 4.

11. È importante notare che parte della dottrina ha fatto la sua "scelta preferenziale" per la procedura penale costituzionale, ma che la "lettura costituzionale" di questo nuovo paradigma soffre del difetto di formalismo esplicativo, incapace di individuare i fenomeni politici nel cuore delle questioni giuridiche. Questo spiega l'affermazione della rispettata procedurista che in un testo del 1984 ha dichiarato: "Avendo il primato di aver costituzionalmente soggettivato e positivizzato i diritti dell'uomo, il Brasile è rimasto fedele alla tradizione di riconoscere e garantire le posizioni processuali delle parti, assicurandogli le condizioni necessarie per la costituzione e lo sviluppo di un processo equo" ("*As garantias constitucionais do processo*") [sottosezione 9. Constituição e Processo], in *Novas Tendências do Direito Processual Penal de acordo com a Constituição de 1988*. GRINOVER, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, p. 13). Allo stesso modo: GRINOVER, Ada P. "Teoria Geral do Processo" in *O processo em evolução*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 6-7.

Considerando il fatto che al momento di questa comunicazione (2013) lo stato di Santa Catarina non ha rispettato la decisione del Supremo Tribunale Federale (STF), nel senso di installare effettivamente il Difensore Pubblico, e che non esiste realmente nel Paraná e in Goiás, emerge il valore assegnato dai giuristi alla retorica costituzionale-legale ai danni della realtà.

12. *Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones preliminares*, in *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. México: Porrúa, 2007, p. 180.

13. *Idem*

La citata svolta metodologica degli anni '90 porge una sorta di mea culpa di una parte significativa dei giuristi brasiliani, in particolare del Rio Grande do Sul, Paraná, Minas Gerais e Rio de Janeiro che, così come la nuova generazione di processualisti penali italiani<sup>14</sup>, ha saputo apprezzare la produzione intellettuale precedente, senza rinunciare tuttavia alla critica e senza omettersi dall'impegno di discutere gli aspetti visibilmente autoritari di un sistema di giustizia criminale concepito per soggiogare la cittadinanza.

La disputa ideologica/ermeneutica fra le scuole processuali ispirate nel concetto di unità processuale o di autonomia del processo penale, che in questa misura e per molto tempo nella stessa proporzione riprodusse lo scontro teorico italiano tra Francesco Carnelutti e Giacomo Delitala<sup>15</sup>, può non aver prodotto un risultato definitivo.

3. È certo, tuttavia, che nel caso brasiliano, giuristi formati nelle distinte scuole condivisero le proprie ricerche dall'inizio degli anni 2000, a principio per iniziativa dell'Istituto Brasiliano di Scienze Criminali (IBCCrim), all'epoca sotto la presidenza dall'avvocato Maurício Zanoide de Moraes.

Il prezioso risultato può essere valutato per la diffusione delle pratiche che conciliano rigore metodologico e prospettiva critica.

La nuova, sebbene non dominante, postura epistemologica non è più soddisfatta dalla semplice enunciazione dei diritti e delle garanzie del processo penale inaccessibili ad una parte significativa della nostra popolazione.

Il punto di contatto fra le differenti visioni del fenomeno processuale penale, pertanto, può essere percepito nel riconoscimento del carattere autoritario delle tradizioni giuridiche nell'ambito della nostra giustizia criminale.

Abbiamo ereditato dal XIX secolo l'ispirazione a un liberalismo elitista (dal 1822 al 1841), in parte soffocato, in un primo momento, dalla centralizzazione giudiziale (dal 1841 al 1871), e successivamente "dal rafforzamento poliziesco a scapito del potere giudiziario, a partire dalla riforma del 1871"<sup>16</sup>.

A sua volta il XX secolo testimoniò l'unificazione della legislazione processuale penale, dichiaratamente colonizzata dal modello fascista del Codice Rocco italiano (1941).

Il codice di procedura penale continua ad essere in vigore dopo settanta anni, sebbene ampiamente modificato, inserendo il suo marchio quasi indelebile nei riti e nelle menti dei nostri professionisti dell'area criminale.

---

14. Due opere illustrano questo punto di vista: L. GARLATI, *L'inconscio inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processuale penalistica italiana*, Milano, 2010; F. RUGGERI, *Il Rito Accusatorio a vent'anni dalla grande riforma: continuità, fratture, nuovi orizzonti*. Atti del convegno. Lecce, 2012. Dell'ultimo libro si sottolinea il contributo di due decani del processo penale italiano, Ennio Amodio e Mario Chiavario, nel dimostrare l'importanza dell'apertura di dialogo attraverso cui gli studi di processo penale avanzano verso l'obiettivo comune di rafforzare lo Stato di Diritto.

15. Sul tema si suggerisce la lettura de "Estudo Preliminar" de PIETRO S. TAIBI, à obra *El hecho en la teoría general del delito*. DELITALA, Buenos Aires, 2009, p. 6. GIACOMO DELITALA, penalista italiano della Sardegna, è stato uno dei primi autori della penisola a posizionarsi contro la tendenza a una teoria unitaria del processo, "difendendo l'esistenza di diritti processuali specifici in relazione al ramo di diritto materiale a cui aderiscono".

16. ROCHA JUNIOR, *Os recursos criminais julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça do Império*, Op. Cit. p. 33.

Per tale motivo, nonostante la Costituzione del 1988, credo si possa affermare senza timore che il Brasile è un immigrato nelle comunità di tradizione democratica.

Così come i bambini sono nativi digitali e gli adulti di oggi sono immigrati, in relazione alle tecnologie di comunicazione e informazione della società *post-industriale*, la cultura giuridica brasiliana, a differenza delle altre, si iscrive nell'ambito delle tradizioni autoritarie e questo indipendentemente dal fatto che da venticinque anni viviamo in una democrazia.

Si tratta di relazioni mentali-collettive (mentalità) il cui consolidamento, nel corso di un lungo periodo di tempo, colonizza pratiche di cui gli attori processuali non si liberano facilmente.

Il peso delle esperienze autoritarie nella costituzione delle categorie giuridiche è sempre più significativo quando si tratta del sistema di giustizia penale, in cui la tensione tra libertà e sicurezza è trasparente e influisce sulla vita reale.

Di conseguenza e conformemente a *Rui Cunha Martins*, sostengo che anche se nelle democrazie contemporanee sembra inevitabile la contaminazione che Francesco Palazzo, nel 2010 a Ferrara, chiamò “*virus inquisitorio*”, “*autoritario*”, in grado di contagiare la pratica della procedura penale nutrendosi della relativizzazione delle garanzie, a livello strutturale del sistema stesso<sup>17</sup> – basta guardare Guantanamo - le permanenze autoritarie sono più frequenti e rilevanti in ordinamenti giuridici storicamente consolidati in un ambiente di restrizione delle libertà civili.

Le strutture giuridiche sono cristallizzate e incorporate alla soggettività dei professionisti e studiosi del campo del diritto.

Per tale motivo, una visione esterna diventa indispensabile per tradurre le trasformazioni proposte nei testi normativi più importanti – la Costituzione della Repubblica e i trattati sui diritti umani – nelle pratiche coinvolte con il nuovo ordine politico.

In altre parole, la tradizione processuale penale brasiliana non aiuta il nostro giurista. Anzi, si pone come un ostacolo ai cambiamenti radicali auspicati in ambito democratico.

È importante notare, inoltre, che se il pensiero giuridico militante in ambito criminale resiste alle trasformazioni paradigmatiche ispirate da una Costituzione i cui capitoli sui diritti fondamentali sono gli eredi di una tradizione democratica in gran parte straniera, neppure le rivalità interne intorno al capitale scientifico nel Diritto hanno contribuito al decisivo abbandono di forme ormai superate di affrontare i fenomeni giuridici<sup>18</sup>.

Da ciò l'importanza di un atteggiamento consapevole di allontanamento dal campo giuridico brasiliano per raggiungere nuove visioni, vedere la giustizia criminale da un'altra angolazione e costruire nuovi ‘punti di vista’ che qualificano il dibattito su questa stessa giustizia criminale e i concetti e le categorie che costituiscono il patrimonio concettuale della disciplina.

---

17. PALAZZO, Conclusioni, in *Diritti Individuali e Processo Penale Nell'Italia Repubblicana*, Ferrara, 12-13 novembre 2010. Milano, 2011, p. 414-415. Palazzo discute nello specifico le permanenze autoritarie in relazione al processo penale italiano.

18. Sul tema e sulla dicotomia “accusatorio-inquisitorio” si veda *Campo jurídico e Capital Científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito*, in *Decisão Judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Barcelona, Marcial Pons, 2012.

In una recente opera il giurista argentino Alberto Binder sottolinea la condizione del sapere pratico, ostentata dal diritto processuale penale, e richiama attenzione per uno dei principali ruoli rivestiti dalla dottrina: la preparazione di giuristi professionali a partire dal riconoscimento dello spazio giuridico come “spazio di lotte politiche” nel quale il professionista di diritto è protagonista.

Il citato giurista evidenzia che l’investigazione scientifica nell’ambito del processo penale non deve trascurare le rilevanti contribuzioni della criminologia, dedicata alla ‘descrizione e critica del funzionamento reale della giustizia penale’, ma che il sapere processuale penale, a sua volta, non deve esimersi dal compito di “incorporare il reale funzionamento [del sistema penale] al proprio lavoro di costruzione della conoscenza processuale”<sup>19</sup>.

Binder scrive: “*Il gioco della giustizia penale è complesso... questo gioco è attraversato da tradizioni che agiscono come tali: e ci sono anche tradizioni libertarie che attraversano il campo della giustizia penale...*”. “*Costruire un sapere per agire in quest’ambiente, conoscendolo e prendendolo in considerazione, con occhi aperti a questa realtà, sapendo i rischi di manipolazione e mal interpretazione, conoscendo anche che le forze del sistema non sono inferiori e non evitano tutte le forme di autoritarismo*”<sup>20</sup>.

In sintesi, pensare al sapere processuale penale come guida di attuazione per i professionisti, direzionato alle molteplici e profonde conseguenze dell’esercizio competente delle attività svolte nel suddetto campo.

Il nuovo processo penale brasiliano, come sapere giuridico, affronta dunque questa sfida. Ci sono domande che richiedono risposte provenienti dalla dottrina e che sono fondamentali e preve nel momento in cui si valuta la possibilità di sostituire il Codice di Procedura Penale del 1941 con un nuovo modello.

Processo accusatorio e inquisitorio non sempre corrispondono (o devono corrispondere, secondo opportuni processi di analisi) alla dicotomia “processo accusatorio e non accusatorio”.

In “*Campo jurídico e capital científico*”<sup>21</sup>, riscattai antiche riflessioni che, sotto la generosa influenza Mirjan Damaska<sup>22</sup>, tentarono di dimostrare quanto della disputa (politica) di (costituzione) significati ricopre il terreno simbolico di definizione di ciò che è o non è accusatorio ai fini del processo penale. Non spetta, però, qui trattare di nuovo questo punto.

Pretendo, tuttavia, porre l’accento su tre aspetti che nella mia opinione riflettono tendenze contemporanee che la dottrina processuale penale non deve ignorare: il ruolo dei soggetti processuali; la struttura procedurale corrispondente;

---

19. BINDER, *Derecho Procesal Penal: Hermenéutica del proceso penal*, Tomo I. Buenos Aires, 2013, p. 14-5.

20. *Idem*, p. 16.

21. Si veda la nota 2. sezione 2

22. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Editorial Jurídica de Chile*, 2000.

e l'espansione delle forme concordate di attribuzione della responsabilità penale<sup>23</sup>, che frequentemente si avvalgono di metodi invasivi di ricerca d'informazioni<sup>24</sup>.

In primo luogo si tratta di definire lo statuto giuridico dei soggetti processuali. Il compito consiste in comprendere quali sono i diritti, doveri e poteri delle parti e del giudice secondo il qualificativo "accusatorio" che, ripeto, non beneficia delle definizioni "accusatorio" e "inquisitorio" largamente utilizzate dalla dottrina brasiliana sotto l'ispirazione di una formazione giuridica autoritaria.

Non a torto Alberto Binder classificherà come modelli inquisitori riformati quelli corrispondenti al processo penale delle giovani democrazie dell'America Latina, che si chiamano accusatori, ma mantengono strutture tipiche di formato inquisitoriale.

I tribunali internazionali di diritti umani consolidarono, attraverso un consenso ampio, l'idea che compete al giudice essere il garante dei diritti fondamentali in disputa nei processi criminali reali.

L'azione giudiziale nel processo penale è condizionata dalla superiorità gerarchica della presunzione d'innocenza riguardo ai vari principi processuali penali.

Attualmente non ha alcun senso continuare la divagazione teorica sul fatto che esista una vera "presunzione di innocenza", o se è il caso di parlare di "presunzione di non colpevolezza".

Infatti, si parte dal presupposto che il "procedimento penale è una pena", come evidenzia Cavaliere, affinché il processo sia modellato in modo da ridurre al minimo gli effetti negativi degli interventi investigativi e dei poteri coercitivi<sup>25</sup>.

Citando Cavaliere, "la presunzione d'innocenza non può escludere qualsiasi intervento sui diritti dell'imputato: in caso contrario, sarebbe radicalmente illegittimo qualsiasi atto d'indagine o coercizione che implichi una lesione dei diritti dell'accusato, come per esempio ispezioni, registrazioni, intercettazioni e la prigione preventiva"<sup>26</sup>.

In questa situazione, il giudice si trasforma in un garante giuridico-costituzionale di presunzione d'innocenza, il che è incompatibile con le funzioni persecutorie relazionate all'efficacia del diritto penale in questo caso specifico.

Un'architettura in armonia con il ruolo svolto dal giudice richiede una ristrutturazione dei procedimenti penali che permetta l'esercizio della funzione di garante della presunzione d'innocenza.

È bene ricordare, ad esempio, che "l'istruzione [preliminare], come tappa pre-processuale che adempie, contemporaneamente, la funzione di formazione di prove non contraddittorie, è l'asse di un processo d'indagine"<sup>27</sup>.

---

23. A questo proposito: MUSCATIELLO, *Il processo senza verità*, in *Verità e Processo Penale*, a cura de V. GAROFOLI – A. INCAMPO, Milano, 2012, p. 87 e seguenti (specialmente p. 92-5).

24. Qualche giorno prima della lezione, il 5 agosto (2013), è stata promulgata la legge n. 12.850, che decide su "organizzazione criminale" e cerca di definire alcuni metodi invasivi di ricerca: "collaborazione premiata", "captazione ambientale" e di "intercettazione" delle comunicazioni, "azione controllata", "infiltrazione della polizia" e "violazione del segreto".

25. *Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana*, opera citata, p. 185.

26. *Idem*, p. 184.

27. *Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana*, op. cit., p. 185.

In un'altra occasione ho sottolineato che le esperienze storiche che possono servire da modello per il processo penale brasiliano, per quanto riguarda la struttura accusatoria, distinguono le attività di perseguimento penale in tre grandi fasi: fase preliminare, fase preparatoria e fase di giudizio<sup>28</sup>.

La fuga dalla trappola creata dal processo bifasico (e dalla mentalità inquisitoria) richiede, come evidenzia Franco Cordero, di superare il retaggio post-inquisitorio attraverso l'alienazione del modello in due fasi – o misto – in direzione di quello che richiede all'accusa ipotesi accusatorie che molto probabilmente resistano al dibattito orale e che oltrepassino la presunzione di innocenza<sup>29</sup>.

La delicata armonia fra lo statuto giuridico dei principali personaggi del processo e la struttura processuale richiesta dalla dottrina considera la costante pressione per rafforzare i poteri coercitivi a scapito delle garanzie previste dalla Costituzione e nei trattati internazionali sui diritti umani.

Bisogna pensare, con Bernd Schünemann, per esempio, che il processo penale non sopravvive nell'ambito dello Stato di Diritto con la "rottura della divisione dei poteri processuali che lo caratterizza", qualcosa che, se non considerato, "sembra rappresentare una ripresa del processo inquisitorio superato da 200 anni [in Germania]"<sup>30</sup>.

Parità d'armi e contraddizioni sono reciprocamente implicati e richiedono la rilettura dei dispositivi processuali che preparano le parti.

In Italia, a proposito del raggiungimento del concetto di giusto processo, introdotto nella Costituzione il 23 novembre 1999, Guido Vidiri, magistrato della Corte di Cassazione, richiama attenzione sul percorso seguito nella sua costituzionalizzazione, a partire dagli anni '50 del XX secolo, in seguito alla presa di coscienza che i valori della contraddizione e del diritto di difesa nel processo penale erano liquidati nell'ambito della prova<sup>31</sup>.

Nella pratica, tuttavia, la conseguente "posizione di vantaggio" del pubblico ministero di fronte alla difesa richiede qualcosa in più della garanzia di giusto processo, nello stesso contesto del cambiamento dell'art.111 della Costituzione e ciò non deve essere escluso dal dibattito<sup>32</sup>.

Il regime giuridico-costituzionale del processo penale, costruito intorno all'idea centrale della presunzione d'innocenza, richiede che si permetta alla difesa di agire fin dall'inizio, come richiesto dai Patti Internazionali sui Diritti Umani.

Per tale motivo deve essere stabilito un equilibrio fra l'indagine che fornisce fondamento all'accusa e le ricerche e che possono rivelare la sua irregolarità o avventatezza.

---

28. A proposito del tema: PENARANDA LOPEZ, *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología*. Granada, 2011, p. 37- 42.

29. CORDERO *Procedimiento Penal*, vol. II, Bogotá, Temis, 2000, p. 141.

30. SCHUNEMANN, *Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º Milênio*, in *Direito Penal como Crítica da Pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Barcelona, Marcial Pons, 2012, p. 635.

31. *Giusto processo, accertamento della verità materiale e "imparzialità" del Giudice*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n° 6, ano LXVII, nov/dic. 2012, p. 1.549.

32. Sul tema un mio breve articolo nel libro in onore a Des. Tourinho Neto, sull'inchiesta difensiva. Si veda anche: PRADO, *A investigação criminal* e a PEC 37, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)*, n° 248, luglio 2013, São Paulo.

A partire da ciò, l'Italia sviluppò l'indagine difensiva riconoscendo, secondo le parole di Paolo Tonini, che la scelta del sistema accusatorio da parte dell'ordinamento italiano avrebbe dovuto comportare l'importante conseguenza di permettere alla difesa l'accesso alle fonti di prova<sup>33</sup>.

La previsione della partecipazione della difesa nell'indagine criminale e la definizione del parametro citato denunciano un cambiamento viscerale dell'attenzione nel processo penale italiano che, almeno in teoria, come sottolineato dalla dottrina, cerca di abbandonare la prospettiva inquisitoriale ancorata in dubio *contra reum*, peculiare del modello inquisitorio, a favore di un reale *in dubio pro reo* conseguente al processo governato dalla presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, della Costituzione d'Italia)<sup>34</sup>.

Per rimanere nel tema controverso in Brasile sull'indagine penale condotta dal pubblico ministero, questa solo godrebbe dello status di conformità costituzionale teoricamente se permettesse la realizzazione di un ampio repertorio di modalità per la partecipazione della difesa e, in aggiunta, se fosse soggetta al controllo giudiziale, il che non è la nostra realtà<sup>35</sup>.

Ammettere un'indagine da parte del pubblico ministero dissociata da un intervento della difesa e del controllo giudiziario, è una violazione dello Stato di Diritto.

Infine, il sapere processuale penale di oggi non può non considerare l'espansione delle tecniche speciali di investigazione che suscitano un forte dibattito in altri luoghi, ma che sono accettate quasi passivamente dalla dottrina nazionale.

Interferenze nelle comunicazioni private, intromissioni ingegnose nella vita altrui e una diffusa rottura dei segreti professionali concorrono con la presunzione d'innocenza, a prescindere dal grado di efficacia di cui godono in termini di acquisizione di fonti e prove.

La storia è ricca di episodi di abuso del diritto di auto-conservazione, alla base di stati di polizia. E' l'antitesi dello Stato di Diritto!

Il semplice fatto che le leggi definiscano queste tecniche non elimina il dovere di indagare la compatibilità tra di loro e i principi costituzionali.

Questo è un compito della dogmatica processuale penale, a cui ciò sarà richiesto, come spesso accade, nel corso del tempo.

---

33. TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2012, p. 591. Tonini sottolinea che il fondamento dell'indagine della difesa penale risiede nel diritto di difesa, riconosciuto dalla Costituzione italiana come inviolabile (art. 24, §2°). Osserva che se il diritto alla libertà personale dell'imputato può essere limitato nel corso del procedimento, quello della difesa è inviolabile in quanto "garantisce la parità delle armi", come riconosciuto dall'art. 111 della Legge Costituzionale (§) n.2 del 1999.

34. CAVALIERE, *Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones preliminares*, in *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. México: Porrúa, 2007, p. 183.

35. In Cile, la ricezione del sistema accusatorio si è riflettuta nell'indagine criminale e nel ruolo attribuito al pubblico ministero e all'indagato. È così che il nuovo sistema si è direzionato per cambiare l'indagine, abbandonando la sintesi criminale segreta del paradigma inquisitorio per assegnare al pubblico ministero la direzione degli atti dell'inchiesta. Con la responsabilità dell'indagine, il pubblico ministero, quindi dovrà essere accurato nelle accuse contro una determinata persona, formalizzando l'indagine contro di lei. E, di conseguenza, l'imputato potrà esaminare gli atti d'indagine, a meno che tale esame possa "ostacolare" l'inchiesta. In questo caso, il pubblico ministero potrà disporre di riservatezza parziale degli atti della ricerca per un certo periodo, misura che potrà sempre essere rivista dal giudice, su richiesta dell'imputato. BAYTELMAN, DUCE, *Litigación penal, juicio oral y prueba*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 40-42

4. Tutte le considerazioni precedenti tengono conto del legame indissolubile tra diritto penale e diritto processuale penale, che si caratterizza per l'ammissione di un sistema di reciproca interferenza fra di essi, con conseguenze non trascurabili.

Attualmente in Germania questa sembra essere l'inclinazione dei processualisti<sup>36</sup> e, certamente, in America Latina le decisioni della Corte Interamericana di Diritti Umani, riconoscendo l'implicazione reciproca di questi saperi che funzionano in sintonia con una determinata(e) politica (e) penale, indicano un percorso più vicino alla realtà.

L'esame del regime giuridico e della pratica delle prigioni cautelari serve a essere prudenti per quanto riguarda le conseguenze del non considerare le barriere che determinate strutture processuali rappresentano all'esercizio del potere punitivo.

Questo è lo scenario complesso in cui è inserito il diritto processuale penale in Brasile. Io credo che mostrandolo diventi possibile comprendere il significato politico della democrazia e dello Stato di Diritto.

---

36. A titolo d'esempio: JAHN, *Los fundamentos teórico-jurídicos del principio de reserva de ley en el derecho procesal penal*, in *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: decadencia o evolución?* Barcelona, Marcial Pons, 2012, p. 461 e seguenti.

# Presto una direttiva dell'Unione sui diritti processuali del minore autore di reato

LORENZO SALAZAR

## ABSTRACT

*The Commission proposal for a “Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceeding” forms part of a wider package of legislative initiatives finalized to continue strengthening the 2009 “Roadmap” adopted by the Council of the Union to strengthen procedural guarantees in Criminal matters. The proposal provides several guarantees for the minors involved in criminal proceedings, including the mandatory presence of one parent, the indispensable right to be represented by a lawyer and to be subject to specialized medical examination, as well as a specific evaluation on their particular needs, a recording of police interviews, and the pre-trial detention conceived as an extrema ratio. Lastly, criminal proceedings should be celebrated rapidly and in camera session, in order to respect the minor's privacy. After having examined the works conducted in the Council under the Greek Presidency of the Council, the article puts under review the compatibility of the present Italian legislative framework with the obligations stemming from the draft directive, concluding for the absence of substantial conflicts. The draft report of the European Parliament on the Commission proposal seems to go towards an extension and a strengthening of the guarantees granted by the Directive but it is not final.*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La proposta della Commissione – 3. Il contenuto della proposta della Commissione – 4. L'approccio generale raggiunto al Consiglio GAI del giugno 2014 – 5. Brevi cenni ai rapporti con l'ordinamento interno – 6. Considerazioni conclusive

1. La Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione europea si è da poco conclusa ed appare dunque tempo di bilanci.

Accanto ai numerosi risultati positivi in materia penale, quali in particolare i progressi compiuti sulle proposte di regolamento sulla Procura europea ed Eurojust e sulla proposta di direttiva sulla presunzione di innocenza, tra i temi che hanno forse meno ritenuto l'attenzione degli addetti ai lavori nel corso del semestre appena trascorso si colloca la “proposta di direttiva sulle garanzie procedurali per i minori indagati od imputati in un procedimento penale”<sup>1</sup> (la “proposta di direttiva”)<sup>2</sup>.

---

1. COM (2013) 822 final

2. Sulla proposta di direttiva si veda M. CAGOSSI, Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione Europea: Brevi note sul recente pacchetto di proposte presentato dalla Commissione Europea il 27 novembre 2013, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 21.12.2013, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); AA.VV., *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori*, Torino, 2014

Già oggetto di discussione in seno alle istanze preparatorie del Consiglio nel corso del primo semestre del 2014 sotto Presidenza ellenica, l'esame della proposta si era provvisoriamente concluso, in occasione del Consiglio dei Ministri della Giustizia ed Affari interni (GAI) del 5-6 giugno, con un accordo di massima ("approccio generale") tra i 28 Ministri della Giustizia, accordo che avrebbe dovuto permettere di aprire il negoziato con il Parlamento europeo per pervenire quindi alla adozione definitiva della direttiva.

Il complesso "ingorgo" istituzionale verificatosi nel corso del 2014, in particolare l'elezione e l'insediamento del nuovo Parlamento unitamente al rinnovo della stessa Commissione europea, hanno però fatto slittare in avanti l'avvio del c.d. "trilogo" interistituzionale e condotto a concentrare l'attenzione su altri dossier il cui negoziato in Consiglio doveva ancora essere avviato od era tuttora in corso.

2. La proposta di direttiva è quindi passata un po' in secondo piano rispetto alle altre priorità perseguite nel corso del nostro semestre di Presidenza e non appare dunque inutile riprendere qui le fila del dibattito che la riguarda, in attesa che il negoziato interistituzionale lavori si riaprano, con rinnovata intensità, nel corso del 2015.

La proposta di direttiva fa parte di un "pacchetto" di iniziative legislative che si compone di 3 proposte tutte presentate il 27 novembre 2013 dalla Commissione europea al fine di proseguire sulla via del rafforzamento delle garanzie procedurali. Si è trattato peraltro dell'ultimo gruppo di proposte legislative in materia penale depositate dalla Commissione "Barroso 2", già in perdita di velocità a causa dell'oramai imminente conclusione del suo mandato.

Tali iniziative sono a loro volta da inquadrare all'interno della "Tabella di marcia" (*Roadmap*)<sup>3</sup> per il rafforzamento dei diritti processuali degli indagati ed imputati nei procedimenti penali, adottata dal Consiglio il 30.11.2009 e successivamente richiamata anche all'interno del programma di lavoro multiennale del Consiglio nel settore della Giustizia e degli Affari interni (il c.d. "Programma di Stoccolma"<sup>4</sup>). In tale *Roadmap* la Commissione era stata invitata a presentare appropriate proposte legislative in relazione ad una serie di argomenti considerati fondamentali per il rafforzamento delle garanzie difensive attraverso il ravvicinamento delle procedure penali degli Stati membri.

Alcune di tali proposte si sono già trasformate in altrettante direttive adottate ed in particolare nella direttiva 2010/64/UE del 20 Ottobre 2010 sul diritto ad un interprete e alla traduzione nei procedimenti penali<sup>5</sup>; nella direttiva 2012/13/UE del 22 Maggio 2012 sul diritto di informazione nei procedimenti penali<sup>6</sup> e nella direttiva 2013/48/UE del 22 Ottobre 2013 sul diritto di accesso ad un avvocato nei procedimenti penali e nei procedimenti in cui vi è esecuzione di un mandato di arresto europeo<sup>7</sup>.

---

3. Sulla "Roadmap" v. G. TAFFINI, *Europa, la protezione dei diritti processuali nei procedimenti penali*, in *Questione Giustizia*, 9.12.2013, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

4. GUUE C 115 del 4.5.2010, p.1.

5. GUUE L 280 del 26.10.2010, p. 1

6. GUUE L 142 del 1.6.2012, p. 1.

7. GUUE L 294 del 6.11.2013, p. 1.

Per quanto riguarda le altre due proposte di direttiva depositate contestualmente a quella sui diritti dei minori, esse hanno rispettivamente ad oggetto il rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (c.d. direttiva sulla "presunzione d'innocenza")<sup>8</sup> e l'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale o nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto presunzione di innocenza ed il gratuito patrocinio (c.d. direttiva sul "gratuito patrocinio")<sup>9</sup>.

I lavori su entrambe tali proposte sono stati avviati all'inizio del secondo semestre 2014 dalla Presidenza italiana che ha condotto rapidamente in porto l'approccio generale sulla direttiva sulla presunzione di innocenza mentre, per quanto riguarda la direttiva sul gratuito patrocinio, il negoziato è pervenuto ad uno stadio prossimo ad un'intesa, essendo rimaste aperte solo poche questioni che dovrebbero consentire ai Ministri di accordarsi già nel corso della successiva Presidenza lettone.

La base giuridica sulla quale si fonda la proposta di direttiva in esame è offerta dall'art. 82, c. 2, del TFUE, il quale prevede che "ove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possano stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria".

Nella relazione che accompagna la originaria proposta della Commissione vengono anche richiamate la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito "la Carta"), in particolare gli articoli 4, 6, 7, 24, 47 e 48, e gli articoli 3, 5, 6 e 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, nella sua giurisprudenza, fissa norme sulle garanzie speciali per le persone vulnerabili, in particolare i minori; tale giurisprudenza stabilisce, fra l'altro, che l'equità del procedimento e il diritto a un equo processo esigono che la persona sia in grado di capire i punti essenziali del procedimento e possa parteciparvi, esercitare effettivamente i suoi diritti e beneficiare della protezione della vita privata. Da qui la necessità che siano previste speciali iniziative per garantire ai minori d'età, ovvero agli adulti considerati vulnerabili, una effettiva partecipazione al processo che li riguarda.

Unitamente alla proposta in questione, la Commissione ha anche presentato una propria raccomandazione sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in un procedimento penale<sup>10</sup>, così definendosi tutte quelle persone che non sono in grado di capire e partecipare efficacemente al procedimento penale per ragioni di età, condizioni mentali o fisiche o disabilità.

La raccomandazione, non dotata di forza immediatamente vincolante, estende anche nei confronti di tale categoria di soggetti numerose garanzie che formano oggetto della odierna proposta di direttiva, indicando anche che gli Stati membri dovrebbero prevedere una presunzione di vulnerabilità, in particolare nei confronti delle persone affette da gravi menomazioni psicologiche, intellettuali, fisiche o sensoriali, malattie mentali o disturbi cognitivi che impediscono loro di capire e partecipare efficacemente al procedimento.

---

8. COM(2013) 831 final

9. COM(2013) 824 final

10. C(2013) 8178 final del 27.11.2013

3. La proposta di direttiva, che si inserisce peraltro anche nel solco già aperto dalle “linee guida” adottate dal Consiglio d’Europa in materia<sup>11</sup>, prevede regole minime con riferimento ai diritti dell’indagato o imputato in un procedimento penale che sia minore d’età, ovvero ad un minore che sia soggetto ad una procedura di consegna in seguito ad un mandato di arresto europeo. Nella definizione di minore dovrà rientrare una qualsiasi persona di età inferiore ai 18 anni (art. 3) anche se la direttiva non pregiudica le norme nazionali in tema di determinazione dell’età prevista per la configurabilità di una responsabilità penale. Deve tuttavia sottolinearsi che la proposta della Commissione concentra l’attenzione sul momento in cui il soggetto assume la qualità di imputato od indagato fissando a tale momento l’applicazione delle garanzie da essa previste (art. 2) che dovranno a loro volta trovare applicazione sin dal momento in cui il minore acquisisce la qualità di indagato o imputato e fino alla sua conclusione; nell’ambito di applicazione della stessa ricadranno anche quei soggetti che, ancora minorenni alla data dell’inizio del procedimento penale, abbiano successivamente raggiunto la maggiore età anteriormente all’apertura del procedimento o nel corso dello stesso, indipendentemente dall’età che avranno durante il procedimento stesso e fino alla decisione definitiva.

Se l’interessato ha invece già compiuto i diciotto anni al momento in cui diventa indagato o imputato in un procedimento penale, gli Stati membri vengono semplicemente “incoraggiati” ad applicare le garanzie procedurali previste dalla presente direttiva fino al compimento dei ventun anni.

Per quanto riguarda il diritto all’informazione, la proposta (art. 4) prevede un rinvio alla già ricordata Direttiva 2012/13/UE in conformità con la quale anche i minori dovranno essere prontamente informati dei loro diritti ed in particolare devono ricevere informazioni sul diritto ad informare i titolari della responsabilità genitoriale, ad avere un avvocato, ad una valutazione individuale, ad una visita medica etc. Gli Stati membri dovranno garantire che i minori privati della libertà personale ricevano una idonea informazione circa i loro diritti (c.d. *bill of rights*) che includa anche quelli garantiti dalla presente proposta di direttiva. Tale comunicazione dovrà venire effettuata anche nei confronti dei titolari della responsabilità genitoriale ovvero, nel caso in cui ciò fosse contrario agli interessi del minore, di altra idonea persona adulta (art. 5). Il diritto ad avvalersi di un difensore viene considerato come “irrinunciabile” dall’art. 6 della proposta per ciò che riguarda i minori, in ciò distinguendosi da quanto stabilito dalla direttiva 2013/48/UE la quale, nello stabilire norme generali relative a tale diritto per tutti gli indagati e imputati in procedimenti penali, conferisce loro anche la facoltà di rinunciarvi.

La proposta di direttiva introduce al riguardo una garanzia supplementare: il minore non può rinunciare a questo diritto e ciò anche nel caso in cui il procedimento penale venga a concludersi con una procedura di probation (il testo parla di “archiviazione definitiva della causa da parte del pubblico ministero una volta che il minore abbia rispettato determinate condizioni”). I successivi articoli da 7 a 9 prevedono una serie di specifiche garanzie procedurali con riguardo alla necessità che il minore sia sottoposto, prima della imputazione, ad una “valutazione individuale” (art. 7) che tenga conto, in particolare, della personalità e maturità del minore e della sua situazione economica e sociale, a quella che

---

11. “Linee guida per una giustizia a misura di minore”, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 17.11.2010.

il minore privato della libertà possa usufruire di un esame medico (art. 8) volto in particolare a valutarne lo stato fisico e mentale generale e determinare se possa essere sottoposto a interrogatorio o ad altri atti di indagine o di raccolta di prove o alle eventuali misure adottate o previste nei suoi confronti.

Viene anche sancita infine la necessità che tutti gli interrogatori di un minore, al di fuori di quanto finalizzato alla mera identificazione del soggetto, debbano essere video-fono registrati (art. 9), a meno che ciò non risulti sproporzionato in considerazione della complessità del caso, della gravità del reato contestato e della pena irrogabile; in ogni caso si stabilisce che debbano essere comunque oggetto di registrazione gli interrogatori del minore privato della libertà personale.

Il tema cruciale della privazione della libertà personale è affrontato in seno agli artt. da 10 a 12. La detenzione prima della condanna deve essere considerata per i minori l'extrema ratio, deve avere una durata circoscritta ed in ogni caso la decisione deve essere soggetta a periodico riesame (art. 10).

Nella misura del possibile, al minore dovrebbero applicarsi misure alternative quali l'obbligo di dimora, il divieto di contatto con determinate persone, un obbligo di presentazione alle competenti autorità, la sottoposizione ad un trattamento terapeutico o per dipendenze, l'inserimento in programmi educativi (art. 11).

I minori detenuti, infine dovrebbero essere separati dagli adulti se possibile anche dopo il compimento del 18° anno d'età; nel corso della detenzione deve essere garantita la salute e lo sviluppo fisico del minore, il suo diritto ad una educazione e formazione, i contatti con la famiglia e la promozione del minore nell'ottica di un suo reinserimento sociale (art. 12).

Per ciò che riguarda la gestione del procedimento, il testo iniziale della Commissione propone che i procedimenti penali che coinvolgono i minori devono essere trattati con carattere di urgenza (art. 13), in assenza di pubblico (a meno che non emergano circostanze che suggeriscono una deroga a tale principio generale), che debba venire protetta la privacy del minore e della sua famiglia (comprensiva dei nomi e delle immagini) e che non debbano essere fornite pubblicamente informazioni che possano condurre alla identificazione del minore né altrimenti rese pubbliche le registrazioni degli interrogatori (art. 14); i titolari della responsabilità genitoriale, ovvero altro adulto in sostituzione dei genitori, debbono avere accesso alle udienze che coinvolgono il minore (art. 15); i minori hanno infine il diritto di partecipare di persona al giudizio e, nel caso ciò non sia avvenuto e siano stati dichiarati colpevoli, hanno diritto ad un nuovo giudizio cui possano personalmente partecipare e che comporti una nuova valutazione del merito della causa, incluse nuove prove, che possa eventualmente condurre ad una modifica della decisione originaria (art. 16).

Nel caso di arresto di un minore in esecuzione di un mandato di arresto europeo, l'art. 17 della proposta stipula che debbano venire garantiti al minore, nello Stato di esecuzione, i diritti sopra indicati; la legislazione nazionale in materia di patrocinio gratuito deve inoltre specificamente garantire l'effettivo esercizio del diritto di avvalersi di un difensore, di cui all'articolo 6 (art. 18).

Tutto il personale coinvolto in procedimenti a carico di minori, infine, inclusi i magistrati, il personale in servizio presso le strutture detentive e lo stesso difensore del minore, dovrebbe ricevere una formazione specifica (art. 19).

4. I lavori condotti nel corso della Presidenza greca hanno recato modifiche non marginali alla proposta originaria della Commissione, tutte sostanzialmente orientate - come spesso accade nel corso di negoziati analoghi - nella direzione di un "ammorbidente" degli obblighi discendenti dalla direttiva, modifiche che si trovano ora riflesse nel testo dell'approccio generale raggiunto dai Ministri nel giugno 2014.

Limitandosi a percorrere le principali di esse, per quanto riguarda l'applicabilità delle garanzie previste dalla direttiva per i minorenni anche a quei soggetti che avessero commesso il fatto da minori e fossero medio tempore divenuti maggiorenni, durante lo svolgimento del processo, il testo di compromesso rende meramente facoltativa tale possibilità prevedendo che gli S.M. possano (ma non debbano) prevedere l'applicazione dei diritti elencati nella direttiva anche a soggetti che abbiano compiuto i 18 anni durante il procedimento penale a loro carico o durante il procedimento di M.A.E.

Per ciò che riguarda il diritto di informazione dei titolari della responsabilità genitoriale, il testo prevede ora una serie di deroghe a tale obbligo per i casi in cui informare il genitore risulti contrario all'interesse del minore, possa interferire con il procedimento penale, ovvero risulti impossibile per assenza del genitore o perché questi sia sconosciuto; in tali casi, gli S.M. possono limitarsi ad informare un altro adulto idoneo indicato dal minore (e accettato come tale dal Tribunale), ovvero designato dallo stesso Tribunale.

Sul diritto, già definito "irrinunciabile", all'assistenza del difensore, il testo originario prevedeva all'interno di un unico articolo il diritto di accesso al difensore e l'obbligo del minore di essere assistito. Il testo attuale, invece, dopo un generico richiamo al diritto del minore di avvalersi di un difensore durante tutto il procedimento penale conformemente alla direttiva 2013/48/UE, introduce un nuovo art. 6 a che prevede un obbligo per gli S.M. di assicurare che il minore sia assistito dal difensore durante l'interrogatorio di polizia, l'interrogatorio davanti all'autorità giudiziaria e quando sia detenuto, ma tale obbligo sarà derogabile tenendo conto della complessità del caso, della gravità del reato commesso o della entità della pena che potrà essere applicata nel caso concreto.

Nel caso in cui sia necessaria la presenza del difensore ma questi non lo sia concretamente, l'interrogatorio dovrà essere rinviato per un periodo ragionevole di tempo a meno che non debba procedersi comunque al compimento dell'atto quando sussista un serio pericolo per l'integrità della persona ovvero quando lo stesso debba essere compiuto immediatamente per evitare di pregiudicare lo svolgimento del procedimento penale.

Anche la portata dell'obbligo di audio-video registrazione dell'interrogatorio del minore è stata sensibilmente ridimensionata; gli interrogatori del minore dovranno essere audio video registrati solo nel caso in cui ciò risulti "proporzionato" alla luce di fattori quali lo stato di detenzione, la complessità del caso o la gravità del reato o della pena irrogabile; gli S.M. potranno inoltre in ogni caso astenersi dal procedere alla registrazione allorché l'avvocato del minore sia presente all'interrogatorio.

Sull'obbligo di detenzione separata dei minori dagli adulti ed anche dei cd. "giovani adulti", ovvero di quei soggetti che siano diventati maggiorenni medio tempore, il testo dell'approccio generale prevede ora un semplice obbligazione "di mezzo" (e non di risultato) stabilendo che gli S.M. debbano "adoperarsi" al fine di garantire una detenzione separata anche ai soggetti nel frattempo divenuti maggiorenni e che il minore possa anche essere detenuto insieme a giovani adulti "a meno che non siano inadatti a condividere la cella con un minore".

La disposizione a tutela della privacy del minore è stata anch'essa sensibilmente edulcorata, limitandosi ora il testo a prevedere il principio secondo il quale gli S.M. devono proteggere la privacy del minore unitamente ad un generico impegno degli stessi ad adottare misure "opportune" per tutelare tale diritto (come proteggere le caratteristiche personali del minore, quali ricavate dalla "valutazione individuale", le registrazioni, evitandone qualsiasi uso inappropriato, nonché le immagini del minore e dei suoi familiari).

Viene peraltro anche inserita una espressa eccezione per i casi in cui sia necessario divulgare informazioni per giungere alla identificazione del minore "se strettamente necessario ai fini del procedimento penale".

Infine, accanto ad una sensibile riduzione dell'ambito dei diritti applicabili anche ai procedimenti aventi ad oggetto un minore destinatario di un mandato d'arresto europeo, l'approccio comune è intervenuto anche sui costi, introducendo la possibilità per lo Stato membro di ripetere le spese sostenute nel corso del procedimento per espletare la valutazione individuale, l'esame medico o la registrazione dell'interrogatorio del minore quando questi venga condannato e "*il rimborso dei costi non comprometterà il successivo sviluppo del minore*".

5. Per quanto riguarda i rapporti con l'ordinamento interno, il testo della proposta non appare sollevare problemi particolari per ciò che riguarda la sua compatibilità di fondo con la vigente normativa nazionale italiana di settore tanto per ciò che riguarda l'esistenza di una giurisdizione specializzata quale il Tribunale per i minorenni<sup>12</sup>, quanto per ciò che riguarda in generale l'applicabilità della disciplina del processo minorile a tutti i reati commessi dai minori degli anni 18; sul punto il nostro sistema appare infatti andare ben al di là di quanto previsto non solo dalla proposta della Commissione ma anche dallo stesso progetto di rapporto del Parlamento europeo (*di cui infra*), prevedendo anche gli "istituti di osservazione" preposti ad esaminare la personalità del minore detenuto.

Particolarmente rilevanti appaiono poi le disposizioni in tema di processo penale a carico di imputati minorenni introdotte dal D.P.R. 448/1988 che prevedono, tra l'altro, la notifica a pena di nullità dell'avviso di garanzia e del decreto di fissazione dell'udienza anche ai soggetti esercenti la potestà sul minore, la valutazione della personalità del minore al fine di adottare i provvedimenti più confacenti al suo caso, la predisposizione da parte dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati di elenchi in cui siano iscritti avvocati con una specifica preparazione a trattare con i minori, l'assistenza all'imputato minorenni da parte dei genitori o di altro adulto indicato dal minore e approvato dall'autorità giudiziaria,

---

12. V. d.l. 1404/34 e la l. 835/1935 e successive modifiche e integrazioni

il divieto di pubblicazione di notizie o immagini che consentano l'identificazione del minore "comunque coinvolto nel procedimento, etc. Anche la materia della formazione specifica dei magistrati e del personale appare coperta da specifiche disposizioni"<sup>13</sup>.

Le recenti modifiche apportate al regime del processo contumaciale, con la recente entrata in vigore della legge 28.4.2014, n. 67<sup>14</sup>, appaiono infine offrire soddisfacente risposta a quanto richiesto dalla proposta con riferimento alla questione della conoscenza effettiva del processo da parte dell'imputato minore d'età e del suo diritto a partecipare personalmente al processo.

6. Successivamente al raggiungimento dell'approccio generale da parte del Consiglio GAI conclusivo della Presidenza greca, la Commissione LIBE del neocostituito Parlamento europeo ha proceduto<sup>15</sup> a designare il relatore, nella persona dell'On.le Caterina Chinnici<sup>16</sup>.

L'annuncio in plenaria dell'investitura della Commissione è però avvenuto solo il 20 ottobre 2014, a Presidenza italiana già pienamente avviata e che non ha potuto fare altro, dunque, se non avviare se non avviare dei contatti informali propedeutici all'avvio della procedura di cooperazione legislativa con il Parlamento.

Il progetto di rapporto<sup>17</sup>, è stato presentato il 19 novembre 2014 e la sua adozione a larghissima maggioranza<sup>18</sup> da parte della Commissione LIBE è avvenuta il 5 febbraio 2015, già nel corso della nuova Presidenza lettone apertasi il 1° gennaio 2015.

Da una prima lettura del rapporto adottato da parte della Commissione parlamentare si ricava che gli emendamenti proposti dal Parlamento appaiono andare tutti nel senso di un ampliamento dell'ambito di garanzie previste dalla direttiva e di un loro rafforzamento, proponendo anche l'inserimento di uno specifico articolo sui mezzi di ricorso in caso di violazione dei diritti ivi previsti e la previsione di garanzie anche addizionali rispetto a quanto originariamente proposto dalla Commissione, tra cui il diritto ad essere visitato dal titolare della responsabilità genitoriale, o da altra appropriata persona adulta, per il minore sottoposto ad arresto e prima di essere interrogato.

Tra le altre proposte "estensive", da segnalare quelle relative al diritto del minore di partecipare pienamente al procedimento, incluso il diritto ad essere ascoltato e ad esprimere la propria opinione e la possibilità di detenzione separata dagli adulti anche al di là del compimento dei 18 anni a meno che ciò non corrisponda alloro migliore interesse od all'interesse degli altri minori detenuti.

A seguito dell'avvenuta adozione del rapporto in Commissione LIBE, il relatore potrà ora avviare i contatti con il Consiglio al fine di raggiungere un accordo, possibilmente "in prima lettura", attraverso la procedura di "trilogo" che vedrà coinvolte le tre Istituzioni nel corso della Presidenza lettone.

---

13. Cfr. artt. 5 e 6 del D. Lgs. 272/1989

14. "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili".

15. In data 22.7.2014

16. La procedura reca il n. 2013/0408(COD)

17. PE541.593

18. 50 voti a favore, 2 contrari ed una astensione.

La distanza che rischia di venirsi a creare tra la posizione espressa all'interno dell'approccio generale raggiunto dal Consiglio nel giugno 2014 e quella assunta da parte del Parlamento europeo, per non parlare del fatto che ancora non è dato conoscere i reali orientamenti in materia del nuovo Commissario ceco alla Giustizia, la Sig.ra Vera Jurova, appare rendere particolarmente complessa ed incerta ogni previsione circa il risultato finale del negoziato interistituzionale che verrà a breve ad aprirsi.

Ragione di più, dunque, perché il nostro Paese, recuperato il proprio margine di manovra negoziale (temporaneamente compromesso prima dell'apertura del proprio semestre di Presidenza e nel corso dello stesso) e non avendo problemi particolari per ciò che riguarda i profili di attuazione interna, venga a sostenere nel prosieguo del negoziato con il Parlamento le posizioni di maggiore apertura di cui quest'ultimo appare voler farsi sostenitore a fronte del deludente compromesso al ribasso raggiunto in sede di Consiglio.

# La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato: l'esperienza del distretto di Napoli tra esiti, evoluzioni e involuzioni

GIACOMO DI GENNARO - MARIA DI PASCALE\*

## ABSTRACT

*The analysis aims to evaluate the effectiveness of the so-called procedural probation, art.28 d.R.P. 448/88. The article shows the results of a study of an experimental sample of minors put to the test, between 2000 and 2007, at the Juvenile Court of Naples. This sample was compared with a second control sample, composed of children who have not benefited from the measure ex art.28. Later, through the interrogation of databases of the Prison Administration Department and Court Records, was calculated an index of recidivism useful to investigate the actual degree of success produced by the measure on biography of the subject post-test.*

SOMMARIO: 1. Andare oltre le teorie statiche e unidimensionali della devianza – 2. Il disegno della ricerca: presupposti e obiettivi – 3. Le esperienze di *probation* nel distretto di Napoli – 4. Campioni di controllo a confronto – 5. Riscontri dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e dal Casellario Giudiziale

*Premessa.* Il *welfare* penale e le politiche di prevenzione e controllo sociale dei comportamenti devianti e criminali minorili in un'epoca in cui le generazioni adolescenziali e giovanili si compenetrano con il digitale e le nuove tecnologie comunicative, richiedono di essere ripensate perché alle vecchie problematiche connesse alle condizioni del disagio economico e sociale, si vanno associando le nuove connotate da quello che è stato chiamato il “malessere del benessere”. Se da un lato le attuali generazioni giovanili appaiono caratterizzate da una forte dose di “fragilità” psicofisica, etica e culturale tale da sostanziare molte delle spiegazioni connesse all'origine delle diverse forme di disagio, devianza, marginalità<sup>1</sup>, dall'altro esse sono esposte ad una eccedenza informativa e conoscitiva che le rende potenzialmente dotate di una riflessività superiore se comparate con le omologhe dei decenni precedenti, tale da generare aspettative di maggiore responsabilità e attenzione.

Indicatori quali aumento della devianza minorile di gruppo, evoluzione sempre più spesso delle forme di devianza in veri e propri atti ed episodi di delinquenza e criminalità minorile, crescente aumento del coinvolgimento dei minori in reati con adulti o addirittura nelle organizzazioni criminali, destano non solo allarme sociale, alimentando anche il sentimento di insicurezza, ma rendono visibile il “salto di qualità” che sta avvenendo in quell'area differenziata che chiamiamo devianza sociale e che le teorie criminologiche minorili hanno difficoltà a catturare, ancorché spiegare.

---

\* Il contributo è l'esito di un lavoro comune. Tuttavia ai fini dell'attribuzione della responsabilità diretta degli autori, premessa, paragrafo primo, quarto e conclusioni sono da attribuirsi a Giacomo Di Gennaro; il secondo paragrafo, il terzo e il quinto a Maria Di Pascale.

1. Sul tema vedi V. LUPIDI - V. LUSA - G. SERAFIN (a cura di), *Gioventù fragile. I nuovi contorni della devianza e della criminalità minorile*, Milano, 2014.

Nelle pagine successive daremo conto di una tappa di un programma di ricerca che da diversi anni è iniziato osservando la devianza e la criminalità minorile dal punto di vista degli attori che motivano il proprio agire deviante<sup>2</sup>, cui ha fatto seguito un'analisi dal punto di vista delle condizioni strutturali e ambientali che influenzano i comportamenti devianti, e giunge ora, ad affrontare le questioni connesse al controllo sociale e al rendimento istituzionale dei programmi di *probation* e di *diversion* alla base di quella che è stata indicata come la prevenzione terziaria, la cui funzione non dovrebbe essere solo di prevenire la recidiva, ma, allontanando il minore da qualsiasi processo di stigmatizzazione, di aiutarlo a gestire la libertà personale con senso di responsabilità ridefinendo la trama delle relazioni, il senso della propria condotta, il significato del danno arrecato.

Non è un caso che se uno strumento di diversione particolare è dato dalla mediazione penale, fortemente sollecitata da parte di diversi organismi internazionali, per il suo carattere particolarmente innovativo e per il potenziale impatto positivo che tale tecnica può avere sulla recidiva, l'istituto giuridico della "messa alla prova" è per antonomasia la misura che tutela le esigenze di sviluppo evolutivo del minore tant'è che il processo, considerandolo soggetto attivo, ispirandosi alla giustizia riparativa, inscena una strategia pedagogica incentrata sull'attivazione della responsabilità soggettiva sia rispetto al fatto commesso che alle conseguenze del reato.

1. Gli approcci sociologici e quei pochi riferimenti specifici della criminologia minorile hanno da sempre posto l'accento o sugli aspetti della marginalità sociale ed economica, o sui processi dell'etichettamento, oppure su quelli della socializzazione, con le varianti della formazione delle subculture delinquenziali e/o devianti.

Tuttavia è nostra convinzione che l'integrazione di alcuni aspetti di queste teorie intersecate dai modelli di rational choice offrirebbero una maggiore vicinanza alla fenomenologia moderna della devianza e delinquenza minorile.

Perché anche se non c'è alcun dubbio che il processo di socializzazione e il contesto ove esso si consuma sin dalle prime battute rappresentano *fattori di spinta* importanti nell'orientare le proiezioni dell'adolescenza e della giovinezza, è pur vero che la riorganizzazione del *Self* passa anche attraverso

---

2. Su questo vedi G. DI GENNARO - D. PIZZUTI, *Devianza giovanile e camorra a Napoli. Saggio di analisi qualitativa e interpretazione sociologica*. In «Osservatorio sulla camorra», a. IX, n.1, 1991, pp. 69-150.

3. Il rimando è a G. DI GENNARO, *Devianza e microcriminalità minorile nel Mezzogiorno: perché non è solo questione di disoccupazione*. In «Studi di Sociologia», a. XLII, n. 4, 2004, pp. 503-534.

4. G. CAPLAN, *Principles of preventive psychiatry*, New York, Basic Books 1964; nonché, T. BANDINI E U. GATTI, *Delinquenza giovanile. Analisi di un processo di stigmatizzazione e di esclusione*. Milano, 1987, 481- 494.

5. In Italia manca una normativa *ad hoc* in materia di mediazione penale minorile e le sperimentazioni registrate sul territorio si sono inserite nell'ambito della normativa del d.P.R. 448/88 e, in particolare esse hanno trovato applicazione in alcuni e ben individuati spazi normativi: il luogo principalmente deputato alla messa in atto delle pratiche mediative è rappresentato dall'art.28 d.P.R. 448/88 (e dal correlato, attuativo, art.27 D.lgs. 272/89); altri spazi normativi sono stati individuati in quelli relativi all'accertamento sulla personalità del minore (art. 9 d.P.R. 448/88) ed al proscioglimento per irrilevanza del fatto (art. 27 d.P.R. 448/88).

6. Gli studi sono vari e richiamare la bibliografia specifica sarebbe inutile in considerazione delle datazioni ormai classiche e dei diversi manuali cui oggi si può accedere per risalire alle scuole e ai principali artefici di tali teorie. In ogni caso si può vedere, F. P. WILLIAMS E M. D. MCSHANE, *Devianza e criminalità*, Bologna, 1999; B. BERTELLI E L. MARIOTTI, *Comportamento deviante e corso di vita. Interpretazione teorica e ricerca longitudinale*, Milano, 2013.

le scelte soggettive, le priorità che la persona persegue, le decisioni che prende, le esperienze che incrocia. Ciò avviene con gradi, seppur variabili, di autonomia di scelta.

Guardare al comportamento deviante con una prospettiva stabile significa non rendere ragione della dinamicità con cui nel tempo esso si sviluppa, producendo esiti differenti: può orientarsi verso una reiterazione consolidata nel futuro della condotta trasgressiva (*state dependency*), oppure la devianza occasionale può recedere e il comportamento rientrare entro una traiettoria non di illegalità proprio perché esso era associato allo stato adolescenziale e/o giovanile (*deviance adolescent limited*), infine il comportamento deviante può oscillare durante il corso della vita tra una condizione di coinvolgimento in condotte devianti o criminogene ed una di allontanamento duraturo da esse per effetto di successive interazioni soggettive con ambienti sociali, situazioni e persone totalmente diverse (*deviance commuter*).

È questa la ragione per la quale non si può elaborare un unico modello teorico esplicativo della devianza e del comportamento criminale poiché si negherebbe l'eterogeneità del comportamento umano nel suo evolversi e la mutabilità comportamentale in conseguenza di esperienze e fattori nuovi che il soggetto incrocia nel corso della sua vita<sup>7</sup>.

Dentro questa riflessività, allora, assume un'importanza fondamentale il contesto istituzionale della giustizia penale che da sempre si è posta prima l'obiettivo della correzione attraverso il trattamento e poi della rieducazione mediante il recupero, infine costruire relazioni di senso orientanti l'acquisizione di una responsabilità soggettiva verso se stesso, la vittima e la società nel suo insieme.

Questa strategia è stata alimentata da una visione diversa del significato e funzione della pena nei minori che, specie a partire dal D.P.R. 448/1988 si ispira al principio della minima offensività e dell'evitamento dello stigma.

Chiaramente ispirata alle politiche di *juvenile probation* già consolidate in molteplici ordinamenti giuridici sovranazionali, la sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato di cui all'art. 28 del decreto, rappresenta una misura completamente innovativa del sistema di *welfare penale italiano* date le peculiarità che la caratterizzano e contraddistinguono.

---

7. Si può in un certo senso sinteticamente ricondurre il dibattito criminologico passato e presente in una cornice distintiva tra teorie statiche generali, teorie specifiche e parziali e teorie dinamiche generali. Questa tripartizione a sua volta può essere sottodistinta in una ulteriore classificazione che combina a sua volta la stessa grande tripartizione in ragione del modo con cui si è osservato il comportamento deviante interrelando aspetti della sua genesi, del suo sviluppo e delle sue traiettorie, dell'uscita da esso. Molte teorie interessate agli aspetti eziologici del crimine o alle risposte generate da esso, così come gli studi sull'attività dei devianti, sulle forme del controllo o della prevenzione, o del trattamento dei devianti possono, pur entro matrici interpretative comuni, essere ricondotte allo schema indicato. Buona parte della teoria classica, per esempio, è caratterizzata da una visione statica generale, a partire dalle teorie del libero arbitrio o da quelle lombrosiane, agli studi della personalità, alle teorie dell'incriminazione fondate sull'attendibilità delle norme e sulla funzione della sanzione; così come gli approcci della *rational choice* che animano sia il modello esplicativo dell'attore che ha deviato, sia quello dei processi preventivi e di vittimizzazione. All'opposto si possono collocare i contributi della *labelling theory* e del naturalismo di Matza, oppure dell'*age-graded theory* di Sampson e Laub, o ancora della visione della devianza (Moffitt) collegata a fasi della vita (*deviance limited*). Una lettura agevole sui diversi approcci teorici è J. MILLER-MITCHELL, "Criminology as Social Science: Paradigmatic Resiliency and Shift in the 21st Century". *21st Century Criminology: A Reference Handbook*, MILLER J. MITCHELL (ed.), vol. 1, Sage Reference, Thousand Oaks, CA, 2-9, 2009; nonché A. BALLONI, R. BISI, R. SETTE, *Manuale di criminologia. Le teorie*, Bologna, vol. I, 2013.

Basti solo ricordare il fatto che facendovi ricorso in una fase processuale, ad essa è attribuibile non già il merito di sottrarre il condannato alla pena, quanto l'imputato agli effetti etichettanti del processo penale stesso. Sicché, alcuni hanno ritenuto opportuno parlare di *probation* processuale<sup>8</sup>.

In particolare, si può asserire che con la messa alla prova il legislatore più che concentrarsi sulla punizione da infliggere per il crimine commesso, si concentra sulla valenza special-preventiva che la prova può rappresentare per un minore il cui atto delinquenziale potrebbe intendersi anche come manifestazione tangibile di un disagio temporaneo connesso all'essere adolescente. In questa cornice, la sospensione del processo con messa alla prova si traduce in misura che sintetizza, *lato sensu*, le principali trasformazioni che si è voluto ingenerare con la riforma di fine anni Ottanta.

Una riforma che diviene promotrice sul piano processuale, della costruzione di un processo "a misura di minore", e su quello sociale, di un cambiamento nel tradizionale approccio alla devianza giovanile, sottolineando il definitivo passaggio dal modello di correzione a quello di ri-educazione, maggiormente in linea con i principi costituzionali. Si potrebbe dire, dunque, che è proprio in forza del valore da più parti attribuito a questa misura, che nel corso dell'ultimo quarto di secolo, i provvedimenti di sospensione del processo con messa alla prova sono stati sempre più disposti<sup>9</sup>.

Date queste premesse, è indubbio che, dall'entrata in vigore del decreto ad oggi, si sia intensificato l'interesse a conoscere l'effettiva efficacia ascrivibile a questo strumento di contrasto alla criminalità minorile, specie se inquadrato in un'ottica di prevenzione terziaria.

Ad esempio, ci si domanda se tale intervento possa davvero esser considerato efficace nei termini della *responsabilizzazione* del soggetto che ha commesso un reato;

se i "rischi" che la sua applicazione comporta possano trovare giustificazione nel definitivo allontanamento del soggetto dal circuito penale e in un suo effettivo reinserimento sociale; ovvero, se la stessa natura benefica della misura non possa produrre *effetti perversi*, per dirla con Boudon, di *revival delinquenziale*, prodromi della stabilizzazione verso forme di *crime life-style* o vere e proprie *carriere criminali*. Nel corso degli ultimi anni, diverse ricerche sono state implementate in corrispondenza di diverse sedi processuali italiane, ognuna con obiettivi differenti, ma tutte finalizzate ad indagare, per meglio comprendere, l'istituto di cui all'art. 28<sup>10</sup>.

8. C. CESARI, *Commento art.28 d.P.R. 448/1988*. G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, Milano, 2001, 290.

9. Cfr. [www.giustiziaminorile.it\\_archivio\\_la\\_sospensione\\_del\\_processo\\_e\\_messa\\_alla\\_prova](http://www.giustiziaminorile.it_archivio_la_sospensione_del_processo_e_messa_alla_prova)

10. 10. Tra le ricerche aventi ad oggetto l'analisi della misura *ex art.28 d.P.R. 448/88*, si veda quella condotta sull'universo di 73 minori messi alla prova presso la Procura del Tribunale per i minorenni di Bari nel 2000, posti a confronto con un primo campione di 120 soggetti già risultati recidivi, nonché con un secondo campione composto da 120 ragazzi primari, ossia non recidivi e non fruitori della messa alla prova. Rispetto a questi tre campioni, il riscontro con il Casellario Giudiziale ha permesso di evincere che: il 18% dei minori beneficiari di messa alla prova per l'anno 2000, già nel 2007 risultavano titolari di nuovi provvedimenti a loco carico, potendosi per questo definire recidivi. M. COLAMUSSI - A. MESTITZ, *Devianza minorile e recidiva. Prosciogliere, punire o responsabilizzare?* Milano, 2012.

Nonché, la ricerca condotta presso gli Uffici di Servizio Sociale per i minorenni delle sedi processuali di Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Potenza e Reggio Calabria. In questo caso è stato analizzato un campione di 115 progetti di messa alla prova, estratto dall'universo dei 1327 provvedimenti disposti in queste sedi tra il 1999 e il 2004. È emerso che nel 17% dei casi, nei due anni successivi alla conclusione della prova, i soggetti avevano commesso un nuovo reato. S. DI NUOVO - M.G. CASTORINA - P. COPPOLINO - M. MALARA - T. TAIBI, *L'efficacia della messa alla prova quale procedimento educativo e socializzante*. In «MinoriGiustizia», I, 2013.

Sul piano nazionale, invece, solo qualche tempo fa il Dipartimento per la Giustizia minorile ha reso noto uno studio sulla recidiva dei minori autori di reato, sviluppando un'analisi comparativa tra il tasso di recidiva di un "gruppo di trattati" (GT) con la sospensione del processo e la messa alla prova, e il tasso di recidiva un "gruppo di non trattati" (GNT).

I riscontri ci mostrano che nel c.d. GT, a distanza di sei anni dalla data del primo reato, il tasso di recidiva stimato è del 20%, invece, nel c.d. GNT è del 31%.<sup>11</sup>

La nostra indagine, assumendo come territorio di riferimento il distretto del Tribunale per i minorenni di Napoli<sup>12</sup>, si è orientata allo sviluppo di un modello di valutazione delle *performances di probation* processuale minorile, essendo pacifico che un orientamento in tal senso non possa dirsi più procrastinabile vista l'introduzione nel nostro ordinamento giuridico della c.d. *adult probation*<sup>13</sup>.

2. Obiettivo generale della ricerca, iniziata nel 2012, è stato sviluppare uno studio che valuti il rendimento delle *performances di probation e diversion* nel distretto del Tribunale per i minorenni di Napoli rispetto ai propositi della rieducazione e della responsabilizzazione del soggetto che si è reso autore di reato.

Per raggiungere questo obiettivo si è reso necessario, tuttavia, articolare ulteriori e specifici sub-obiettivi realizzati, quali:

a. sviluppare un'indagine quali-quantitativa che ha consentito di tracciare il c.d. *profilo del minore messo alla prova* nel distretto di Napoli, attraverso l'analisi di un campione di fascicoli dell'Ufficio di Servizio Sociale per i Minorenni (USSM), relativi a soggetti messi alla prova tra gli anni 2000 e 2007, confrontando quest'ultimo con il profilo emergente di quanti, nello stesso periodo, non sono risultati destinatari di questa misura ma di altre;

b. stimare rispetto al campione di soggetti messi alla prova il tasso di *recidiva* derivato dall'interrogazione delle banche dati del Casellario Giudiziale, nonché stimare il c.d. tasso di "*ricaduta criminale*", derivato, invece, dall'interrogazione delle banche dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria;

---

11. I. MASTROPASQUA - M.M. LEOGRANDE - C. ZAGHI - M.S. TOTARO - L. PIERONI - A. GILI (a cura di), *La recidiva nei percorsi penali dei minori autori di reato*. Quaderni dell'Osservatorio sulla devianza minorile in Europa, Dipartimento per la Giustizia minorile. Roma, 2013, 89 ss.

12. Si vuole cogliere l'occasione di questa prima pubblicazione di alcuni dei risultati dell'ampia ricerca per ringraziare sentitamente quanti hanno reso possibile l'attività di ricerca e condiviso l'idea progettuale. In particolare, l'allora Capo del Dipartimento per la Giustizia Minorile dr.ssa Caterina Chinnici, il Presidente del Tribunale per i minorenni dr. Gustavo Sergio, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni dr. Roberto Gentile, il responsabile del C.G.M. dr. Giuseppe Centomani, la responsabile dell'U.S.S.M. dr.ssa Vincenza Abbondante, il responsabile dell'Istituto penale per i minorenni dr. Gianluca Guida, il vice capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria dr. Francesco Cascini, il Direttore dell'Ufficio III del Casellario Centrale giudiziale dr.ssa Barbara Chiari e la responsabile dell'Ufficio statistico del Casellario Centrale dr.ssa Vincenza Iaria.

13. Con la l. 28 aprile 2014 n. 67, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.100 del 2 maggio 2014, si è provveduto ad introdurre anche nell'ordinamento giuridico ordinario disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova (capo II, artt. 3 - 8).

c. comparare questi tassi con quelli stimati rispetto a quanti hanno usufruito di altri benefici o di altre definizioni previste nell'ambito del sistema penale minorile che hanno più un carattere di *diversion*, *lato sensu*, quali: sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto *ex art.27 d.P.R. 448*; sentenza di perdono giudiziale *ex art.169 c.p.*;

d. determinare il tasso di recidiva fra quanti invece hanno ricevuto una sentenza di condanna a pena detentiva.

I soggetti costituenti le popolazioni di riferimento da cui sono stati estratti i campioni sottoposti ad osservazione possiedono la caratteristica comune di essere transitati per il circuito penale del distretto del Tribunale per i minorenni di Napoli tra il 2000 ed il 2007.

La prima fase della ricerca, dunque, ha riguardato l'individuazione dei seguenti campioni d'indagine:

1. campione sperimentale  $N_1$  287, estratto dell'universo di 872 persone che, nel periodo storico considerato, hanno fruito della misura *ex art.28 d.P.R. 448*;

2. campione di controllo  $N_{c1}$  199, estratto dall'universo di 523 persone nei cui confronti è stata pronunciata sentenza *ex art.27 d.P.R. 448*;

3. campione di controllo  $N_{c2}$  286, estratto dall'universo di 2518 persone nei cui confronti è stata pronunciata sentenza *ex art.169 c.p.*;

4. campione di controllo  $N_{c3}$  238, estratto dell'universo di 914 persone nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna a pena detentiva.

In tutti i casi, i campioni sono stati ricavati secondo la tecnica del campionamento stratificato proporzionale, vale a dire: una volta stabilita la numerosità campionaria  $n$  rispetto alla popolazione di riferimento  $N$ , si sono allocate proporzionalmente le singole  $n$  unità all'interno degli strati del campione (ovvero all'interno dei singoli anni della serie storica). Successivamente è stato derivato l'intervallo di campionamento dividendo l'ampiezza dell'universo per l'ampiezza del campione ( $k=N/n$ ).

3. Per indagare il rendimento della probation processuale in termini di capacità rieducativa potenzialmente attribuita alla misura, è stato realizzato uno studio descrittivo partendo, come si è detto, dall'analisi dei fascicoli dell'USSM di Napoli.

La rilevazione empirica ha interessato i singoli soggetti del *campione sperimentale* ( $N_1$  287).

Al fine di trasformare le "informazioni" in "dati", nelle parole di Coombs<sup>14</sup>, è stata costruita e validata secondo la procedura del *pre-testing*, una scheda di rilevazione che ha consentito l'implementazione di una banca dati.

Sono state esplorate quattro macro-aree: anagrafica, giudiziale, socio-economica, nonché quella relativa ai contenuti educativi del progetto.

L'analisi delle variabili rilevate ha reso possibile tracciare il c.d. *profilo del minore in prova*.

Le frequenze osservate ci mostrano un campione fortemente marcato rispetto al genere, 92,3% maschi (Graf.1) e alla nazionalità, 95,5% italiani (Graf.2)<sup>15</sup>.

D'altra parte questi due tratti appaiono perfettamente in linea con le tendenze generali sia della delittuosità minorile registrata nel Paese, dove si rileva la costante prevalenza delle denunce a carico di minorenni maschi, sia con la più limitata predisposizione dei giudici ad applicare il provvedimento di prova a favore di imputati stranieri, in ragione delle difficoltà che rispetto ad essi si possono intercettare<sup>16</sup>.

Una maggiore diversificazione, invece, si riscontra relativamente alla residenza dei soggetti del campione, infatti, il 42,2% di essi risiede nel capoluogo campano, il 35,9% nella sua provincia, la restante quota è ripartita tra le altre province campane, in particolar modo Caserta l'11,9%, Avellino il 4,5%, mentre a Benevento il 4,2%.

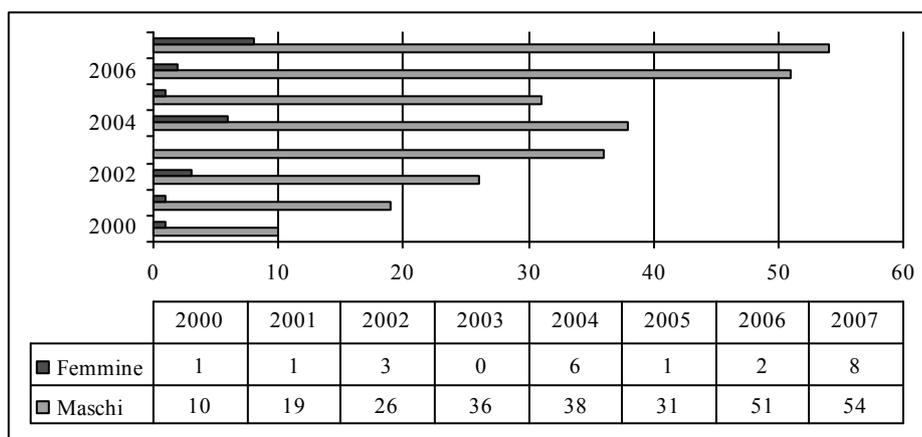
---

14. C.H. COOMBS, *A Theory of Data*. New York, Wiley, 1964.

15. La esigua quota di soggetti stranieri nei cui confronti è stata disposta la misura nella serie storica 2000-2007, è composta perlopiù da minori di origine marocchina 30,8% dei casi. A seguire quelli di nazionalità albanese e ucraina, rispettivamente nel 23,1% dei casi

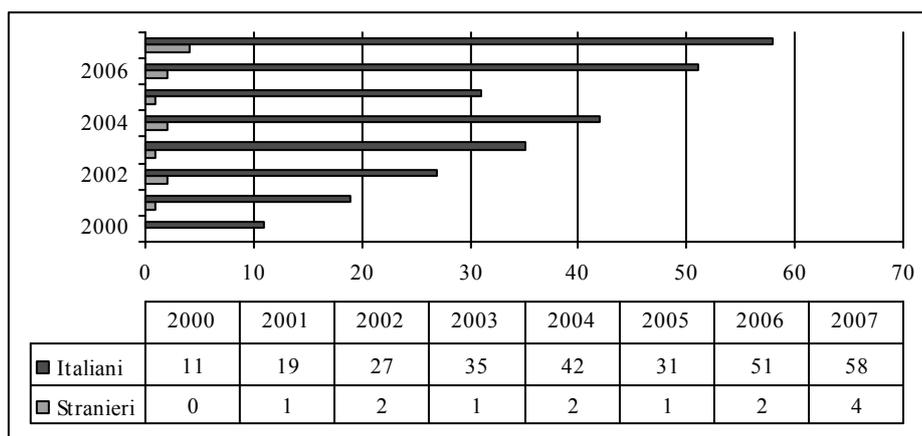
16. Cfr. Ministero della Giustizia, Dipartimento per la Giustizia minorile, *La sospensione del processo e messa alla prova (art.28 d.P.R. 448/88). Analisi statistica*. Report pubblicati dal 1999 al 2013, [www.giustiziaminorile.it](http://www.giustiziaminorile.it)

**Grafico 1**  
*Campione sperimentale di minori in messa alla prova differenziato secondo il genere. Anni 2000-2007.*



Fonte: ns. elaborazione dati acquisiti presso l'USSM di Napoli.

**Grafico 2**  
*Campione sperimentale di minori in messa alla prova differenziato secondo la nazionalità. Anni 2000-2007.*



Fonte: ns. elaborazione dati acquisiti presso l'USSM di Napoli.

L'età rilevata corrisponde all'età del probando all'epoca della concessione della misura e, dunque, non per forza essa deve intendersi come "*criminal onset*", essendo probabile che il reato sia stato commesso anche diverso tempo prima.<sup>17</sup>

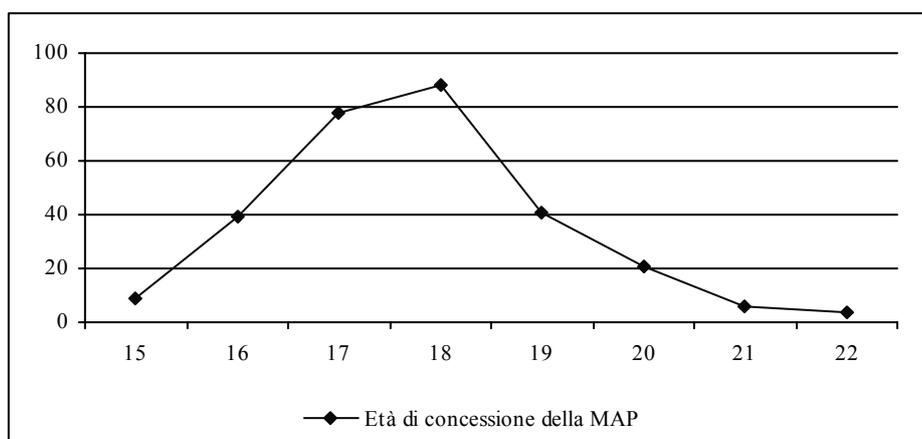
I dati ci mostrano una più marcata propensione a concedere il beneficio a soggetti prossimi alla maggiore età, se non addirittura già maggiorenni.

17. Generalmente, per non dilatare ulteriormente i tempi che intercorrono tra momento della commissione del reato e momento attuativo del provvedimento di messa alla prova, qualora ne ricorrano le condizioni, si predilige l'applicazione dello stesso in fase di udienza preliminare. A conferma, nel nostro campione nell'85,3% dei casi la misura è stata disposta dal GUP.

Il 30,8%, infatti, è rappresentato proprio dai diciottenni, cui seguono i diciassettenni per il 27,3%, e i diciannovenni con il 14,3% (Graf.3).

A tali attitudini potrebbero attribuirsi più interpretazioni. Ad esempio, si potrebbe supporre che in virtù di una policy interna al distretto, la magistratura tenda a disporre la prova nei confronti di soggetti con età relativamente elevata ipotizzando una adesione più consapevole al progetto; rispetto agli infra-diciassettenni, invece, la stessa prediliga l'applicazione di misure meno afflittive dovendo considerare, comunque, la prova come una misura limitativa della libertà personale.

Grafico 3  
Campione sperimentale di minori in messa alla prova differenziato secondo l'età di concessione della misura. Anni 2000-2007.



Fonte: ns. elaborazione dati acquisiti presso l'USSM di Napoli.

Nel 77,2% dei casi gli operatori di giustizia non erano a conoscenza di carichi pendenti riguardanti il soggetto, dunque, si potrebbe presumere che questi ultimi fossero alla loro prima esperienza penale, a differenza della restante quota già nota a causa della commissione di crimini ulteriori precedenti a quello per il quale si procede con la sospensione in oggetto.

Un elemento che merita attenzione, tuttavia, attiene sicuramente alle modalità di commissione del reato. I dati ci mostrano una elevata percentuale di correttezza, infatti, nel 79,9% dei casi il minore ha agito in concorso.

Il concorso nel 40,6% è avvenuto con maggiorenni, nel 53,8% con minorenni, e nel 5,6% trattasi di concorso misto (Graf.4).

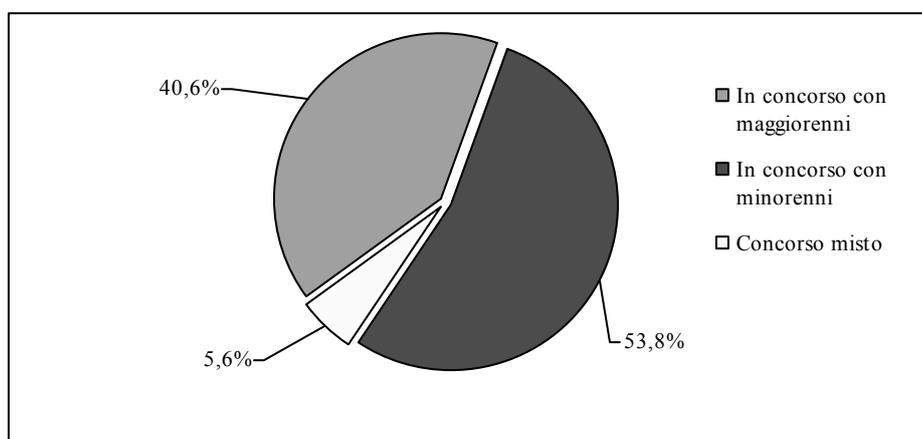
17. Generalmente, per non dilatare ulteriormente i tempi che intercorrono tra momento della commissione del reato e momento attuativo del provvedimento di messa alla prova, qualora ne ricorrano le condizioni, si predilige l'applicazione dello stesso in fase di udienza preliminare. A conferma, nel nostro campione nell'85,3% dei casi la misura è stata disposta dal GUP.

18. Per uno studio sull'argomento consultare anche Ufficio Statistiche presso il Dipartimento Giustizia Minorile in collaborazione con il Centro Interdipartimentale di Ricerca sulle Motivazioni Prosociali e Antisociali in Adolescenza (C.I.R.M.P.A.) dell'Università "La Sapienza", *I gruppi di adolescenti devianti. Un'indagine sui fenomeni di devianza minore di gruppo in Italia*. Milano, 2000.

Questo aspetto oltre a confermare un'acuta tendenza ad agire in coppia, se non addirittura come membro di una *gang*<sup>18</sup>, conferma anche quella matrice carrieristica criminale già messa in risalto come rischio sociale nei decenni precedenti<sup>19</sup>.

Questa dimensione fattuale emergente dai dati è compatibile, sul piano interpretativo, con la versione di Akers dell'apprendimento sociale per il quale il comportamento deviante è appreso ed è l'esito di una interazione sociale consumata all'interno di una subcultura deviante che si rivela incentivante fornendo ricompense, norme di condotta, regole e rinforzi che aumentano la probabilità che esso si ripeta in futuro<sup>20</sup>.

Grafico 4  
Campione sperimentale di minori in messa alla prova differenziato per modalità di commissione del reato. Anni 2000-2007.



Fonte: ns. elaborazione dati acquisiti presso l'USSM di Napoli.

Con riguardo all'analisi dei reati, è opportuno sottolineare che per scelta operativa, delle incriminazioni a carico del soggetto messo alla prova è stata riportata esclusivamente quella più grave. I reati ascritti, secondo l'impostazione codicistica, sono per il 52,3% *contro il patrimonio*; per il 24% quelli *contro la persona*; e nel 23,7% c.d. *diversi da contro il patrimonio e la persona*. Osservando la distribuzione dei reati nelle singole categorie emerge che: nei *reati contro la persona*, le lesioni personali fanno registrare la quota maggioritaria (31,9%); cui seguono i reati di violenza sessuale (21,7%), di omicidio colposo (14,5%) e, con valori inferiori, quelli di rissa, omicidio doloso e tentato omicidio (rispettivamente 8,7%; 5,8%; 5,8%);

18. Per uno studio sull'argomento consultare anche Ufficio Statistiche presso il Dipartimento Giustizia Minorile in collaborazione con il Centro Interdipartimentale di Ricerca sulle Motivazioni Prosociali e Antisociali in Adolescenza (C.I.R.M.P.A.) dell'Università "La Sapienza", *I gruppi di adolescenti devianti. Un'indagine sui fenomeni di devianza minorile di gruppo in Italia*. Milano, 2000.

19. G. DI GENNARO - D. PIZZUTI, *Devianza giovanile e camorra a Napoli. Saggio di analisi qualitativa e interpretazione sociologica*, op. cit. pp. 69-150; nonché, G. DI GENNARO, *Devianza e microcriminalità minorile nel Mezzogiorno: perché non è solo questione di disoccupazione*, op. cit., 503-534.

20. Si veda, R. L. BURGESS - R. L. AKERS, *A differential association-reinforcement theory of criminal behavior* in «Social Problem», n.14, 1966, 128-147; nonché, R. L. AKERS, *Deviant behavior. A social learning approach*, Belmont, California, Wadsworth, 1985.

nei reati contro il patrimonio, invece, è la rapina (64,4%) ad essere perpetrata con maggiore frequenza, segue il furto (23,5%) e, con percentuali minori, l'estorsione, la ricettazione, il danneggiamento;

nei c.d. reati diversi da contro il patrimonio e la persona, la violazione della legge 309/1990 in materia di stupefacenti è la più frequente (62,9%). Seguono poi i reati contro la pubblica amministrazione (17,1%) e, in casi residuali, la detenzione di armi, l'associazione per delinquere, la violazione del codice della strada.

In generale è il reato di rapina a prevalere su tutti quelli per i quali si è proceduto sospendendo il processo e mettendo alla prova l'imputato, con il 33,6% sul totale delle imputazioni rilevate (Tab.1), ed il tempo medio di prova fissato in tal caso si è aggirato intorno ai dodici mesi<sup>21</sup>.

Tabella 1  
Imputazione prevalente a carico del soggetto messo alla prova. Anni 2000-2007.

Reato prevalente	Anno di MAP								N	%
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007		
Omicidio volontario	-	-	-	-	-	3	1	-	4	1,4
Omicidio colposo	-	2	-	-	-	2	3	3	10	3,5
Lesioni personali	-	2	4	4	2	3	3	4	22	7,7
Violenza sessuale	2	2	2	2	1	1	-	5	15	5,2
Rissa	-	-	2	4	-	-	-	-	6	2,1
Altro contro la persona	2	-	-	2	1	1	3	3	12	4,2
Furto	1	1	2	6	4	4	11	6	35	12,2
Rapina	4	7	12	5	15	14	14	26	97	33,6
Estorsione	-	1	3	1	2	-	1	3	11	3,8
Ricettazione	-	-	2	2	-	-	2	-	6	2,1
Altro contro il patrimonio	-	-	-	-	1	-	-	-	1	0,3
Violazione legge stupefacenti	-	4	3	4	10	3	10	10	44	15,4
Associazione per delinquere	-	-	-	2	-	-	-	-	2	0,7
Violenza, resistenza, oltraggio a P.U.	2	-	-	-	2	-	5	3	12	4,2
Violazione legge sul possesso di armi	-	1	-	-	1	-	-	-	2	0,7
Altri reati	-	-	1	5	1	-	-	1	8	2,8
Totale	11	20	31	37	40	31	53	64	287	100%

Fonte: ns. elaborazione dati acquisiti presso l'USSM di Napoli.

Nel 78% il probando è in possesso di licenza media, cui segue un 15% titolare di licenza elementare, tuttavia è opportuno sottolineare che non è escluso che essi frequentino comunque la scuola, essendo stato rilevato esclusivamente il titolo di studio conseguito nella fase antecedente la concessione della messa alla prova e questo è confermato dal fatto che il 41,8% dei soggetti per cui è disposta la misura.

21. Incrociando la tipologia del reato per il quale è concessa la misura e la temporalità della stessa prova emerge che per i reati contro la persona e per quelli c.d. diversi da contro il patrimonio e la persona, la durata della prova è, rispettivamente, per il 44,1% ed il 41,4% al di sotto dei dodici mesi. Invece, la durata della prova nei reati contro il patrimonio equivale proprio ad un anno nel 47,6%.

è costituito da studenti. Invece, i soggetti lavoratori sono il 37,9%, dei quali però il 39,8% lavora in maniera saltuaria, mentre il 34,7% in maniera stabile ma non regolarizzata. Solitamente il soggetto convive con ambedue i genitori (74,8%), mentre nel 14% con uno solo di essi.

Proprio con riguardo all'analisi della situazione familiare, dai dati emerge il quadro di una famiglia nucleare nel senso di Parsons, dove il padre tendenzialmente assume il ruolo strumentale di *male breadwinner*, difatti nell'88,7% è un padre lavoratore (di cui per il 45,2% come dipendente privato), mentre la madre assolve spesso al ruolo affettivo nel contesto domestico, poiché nel 65,2% dei casi non lavora, anzi per 61,1% è dichiaratamente casalinga.

Invece, rispetto al titolo di studio, gli emergenti profili genitoriali mostrano tendenze piuttosto uniformi.

Con riguardo ai soli casi noti, nel 5% ambedue i genitori non hanno conseguito nessun titolo; per la restante parte, il padre possiede prevalentemente la licenza media (47,3%), la madre la licenza elementare (39,9%).

Punto nodale attorno cui ruota la fattiva realizzazione della prova è il progetto che, per dirla in accordo con Di Paolo, «[...] rappresenta l'elemento sul quale verte la decisione del giudice e, contemporaneamente, il programma di vita che il minore si impegna ad assumere»<sup>22</sup>.

La sua elaborazione è affidata ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia di concerto con i servizi socio-assistenziali degli enti locali.

Le fonti adottate per implementare le conoscenze circa gli interventi proposti e le prescrizioni fissate come elemento di prova sono state le relazioni elaborate periodicamente dagli operatori della giustizia minorile. In particolar modo, i dati utili alla ricerca, sono stati rilevati in tre differenti momenti della prova, e dunque in tre differenti relazioni:

- *iniziale (ex ante)*, in cui si predispose il progetto di messa alla prova costituito da interventi realizzati su misura del minore, tra cui attività sportiva, conciliazione con la parte lesa, permanenza in comunità, volontariato, attività lavorativa, attività di socializzazione, attività di studio, altri tipi di attività;
- *d'aggiornamento (in itinere)*, utile per monitorare il comportamento tenuto dal beneficiario nel corso del tempo, attraverso gli indicatori della "frequenza" e dell'"impegno" rispetto agli interventi contenuti nel progetto. La frequenza, da intendersi come partecipazione *oggettiva* alle attività, è stata indicata secondo tre misure, "non conforme", "non del tutto conforme", "conforme". L'impegno, inteso come partecipazione *soggettiva* alle attività, è stato indicato nei termini di "passivo", "alterno" ed "attivo";

---

22.G. DI PAOLO, *Riflessioni in tema di probation minorile*, in «Cassazione Penale», 1992.

- *conclusiva (ex post)*, dalla quale si rileva, oltre all'effettivo raggiungimento degli obiettivi prefissati, anche la valutazione della prova secondo l'operatore di giustizia.

Il 98,6% dei programmi di prova analizzati comprende tra le attività che il soggetto è chiamato a svolgere quelle di volontariato, cui seguono gli interventi di conciliazione con la parte lesa 68,6%<sup>23</sup>, il lavoro 65,5% e lo studio 48,8% (Tab.2). In più, un'analisi comparata circa lo stile di vita del soggetto precedente la disposizione della misura e gli interventi previsti nel progetto di prova, mostra come il volontariato risulti essere il vero e, il più delle volte, solo *quid novi* per il probando.

Ovvero, l'esperienza del volontariato spesso si presenta come una interazione sociale che può avere implicazioni molto positive specie se realizzata in una rete di relazioni completamente nuova e alternativa ai gruppi e alle persone che più frequentemente densano i contatti e il coinvolgimento quotidiani. Tuttavia non è scevra da dubbi la capacità di coinvolgimento e di attrazione esercitata da una tale esperienza specialmente se essa si riduce in un senso routinario coincidente con l'esclusiva registrazione della presenza (talora intermittente) o svolgimento delle mansioni indicate.

È questa la ragione per la quale, ma non è questa la sede per affrontarla, il tema dell'accreditamento dei gruppi e delle associazioni di volontariato che operano in questo campo risulta dirimente.

Tabella 2  
Tipologia di interventi - prescrizioni previste nel progetto di messa alla prova e relativo raggiungimento degli obiettivi fissati.

Tipi di interventi	Prescrizioni contenute nel progetto iniziale di MAP		Raggiungimento obiettivi relativi alle prescrizioni riportate nella relazione conclusiva di MAP <sup>24</sup>	
	T <sub>1</sub>	%	T <sub>2</sub>	%
Attività sportiva	26	9,1	24	91,7
Conciliazione con la parte lesa	197	68,6	140	19,3
Permanenza in comunità	13	4,5	10	100,0
Volontariato	283	98,6	258	90,3
Attività lavorativa	188	65,5	164	90,9
Attività di socializzazione	9	3,1	6	50,0
Attività di studio	140	48,8	126	80,2
Altro	42	14,6	31	83,9

Fonte: ns. elaborazione dati acquisiti presso l'USSM di Napoli.

23. La conciliazione meriterebbe una più ampia disquisizione. Basti sapere che il fallimento delle attività conciliative, incompiuta nell'80,7% dei casi, è uno dei limiti maggiori che si riscontrano rispetto all'applicazione della messa alla prova nel distretto napoletano. Eppure, l'importanza attribuibile a questa prescrizione è tale che il legislatore ha ritenuto di doverne fare esplicita menzione nella stessa disposizione *ex art.28*, quando ha sostenuto che «[...] il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato».

24. La differenza numerica tra il dato iniziale (T<sub>1</sub>) e quello preso in considerazione ai fini della rilevazione del raggiungimento finale degli obiettivi (T<sub>2</sub>), è determinata dal fatto che il progetto di messa alla prova è modificabile *in itinere*, in conformità con quanto previsto dal d.P.R. 448/88, e dunque, talune prescrizioni fissate *ab origine* potrebbero esser state modificate o sostituite.

Il periodo di prova, si conclude generalmente con un esito positivo nell'85,7% e dunque con l'estinzione del reato così come prescritto dall'art.29 d.P.R. 448/88.

Al contrario, gli esiti negativi, accompagnati da relativa richiesta di revoca da parte dell'assistente sociale, sono motivati nel 56,1% dalla mancata adesione al programma, nel 34,1% dalla commissione di nuovo reato, ovvero da altro, 9,8%. Tali tendenze si mantengono perfettamente in linea con i dati nazionali sugli esiti della prova<sup>25</sup>.

4. Come già specificato in sede di definizione degli obiettivi che determinano tale indagine, l'osservazione che si è inteso produrre ha investito non solo un campione di soggetti cui è stato accordato un provvedimento di sospensione del processo per prova, ma anche campioni ulteriori derivati tra quanti, nel periodo tra il 2000 ed il 2007, sono risultati titolari di altre definizioni.

A tal proposito v'è da specificare che, con riguardo all'analisi particolareggiata di questi ultimi si darà conto unicamente delle principali particolarità che li caratterizzano e che ci consentono di tracciare i lineamenti essenziali dei soggetti risultati destinatari di differenti interventi.

Questo perché, mentre per il campione sperimentale  $N_1$  287 è stato condotto uno studio sui fascicoli dell'USSM di Napoli, per i campioni di controllo le informazioni sono pervenute direttamente dal Tribunale per i minorenni e dal Centro per la Giustizia minorile di Napoli.

In particolare: per i campioni  $N_{c1}$  199 soggetti destinatari di una sentenza di irrilevanza del fatto, e  $N_{c2}$  286 soggetti destinatari di una sentenza di perdono giudiziale, i dati sono stati forniti dal Tribunale, le cui fonti d'indagine sono state le sentenze *ex art. 27 d.P.R. 448/88* e *ex art.169 c.p.* annotate negli specifici "Registri di sentenze"; viceversa, per il campione  $N_{c3}$  238, soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna a pena detentiva, i dati sono stati forniti dal Centro per la Giustizia minorile, la cui fonte d'indagine è stata la Banca dati interna al servizio. I campioni si presentano così costituiti:

- *il campione di controllo  $N_{c1}$  199*, costituito da quanti sono risultati titolari di una sentenza di irrilevanza del fatto, presenta un'elevata preponderanza nel genere e nella nazionalità, rispettivamente il 90,4% dei soggetti è maschio e il 95,5% è italiano. Tra la coorte straniera, la quota maggioritaria con il 42,9%, è rappresentata dalla compagine albanese. Il 77,2% dei soggetti del campione è già maggiorenne all'atto di pronuncia della sentenza di irrilevanza del fatto, a conferma di quanto sia comunque relativamente lungo il tempo che intercorre tra commissione del fatto e definizione del procedimento.

Inoltre, con riguardo all'analisi dei reati, rispetto alla quale è opportuno ricordare che tra le incriminazioni a carico del soggetto è riportata esclusivamente quella più grave, prevale nel 28,1% il reato di furto, seguito dalle lesioni per sonali e dalla ricettazione, rispettivamente con il 14,3% ed il 18,8%.

---

25. Per un confronto si rinvia alle fonti menzionate nella nota numero 11.

Il reato è stato commesso per il 55,1% in concorso e la sentenza è stata emessa in fase di udienza preliminare nel 98,5% dei casi;

- *il campione di controllo N<sub>c2</sub> 286*, costituito da quanti sono risultati titolari di una sentenza di perdono giudiziale, è formato per il 92% da maschi e per l'89,5% da italiani. Tra gli stranieri il 33,3% è marocchino. Anche in questo caso, così come per l'irrelevanza, la sentenza di perdono è disposta nel 77% dei casi nei confronti di soggetti già maggiorenni. La fattispecie di reato prevalente per la quale si procede resta il furto, 28,8%, seguito dal reato di ricettazione con il 20,7% sul totale delle imputazioni rilevate. Il reato è stato commesso per il 60,1% in concorso e la sentenza è stata emessa in fase di udienza preliminare nel 70,3% dei casi;
- *il campione di controllo N<sub>c3</sub> 238*, costituito da quanti sono risultati titolari di una sentenza di condanna a pena detentiva, è composto per l'85,7% da maschi e per il 70,2% da italiani. La coorte straniera per la quale si è maggiormente ricorso alla detenzione è rappresentata per il 46,5% da soggetti provenienti dalla ex Jugoslavia. L'età rilevata all'atto d'ingresso in un Istituto Penitenziario Minorile della Campania è di diciassette anni per il 26,5%, ed il 33,2% di soggetti del campione proviene dallo stato di libertà. La rapina è per il 39,9% il reato predominante per il quale è stata disposta la carcerazione, seguito con il 27,3% dal furto, e con il 14,3% dai reati di droga.

5. Ulteriore obiettivo del progetto di ricerca, come si è detto, è stato determinare l'eventuale tasso di recidiva nei soggetti dei diversi campioni analizzati. È opportuno chiarire che quando parliamo di recidiva intendiamo svincolarci dalla sola accezione tecnico-giuridica di cui all'art.99 c.p., per recuperare il senso etimologico dell'espressione, vale a dire, "recidiva" come "ricaduta".

A riguardo, si è deciso di adottare una doppia strategia operativa interrogando oltre i database del Casellario Giudiziale Centrale, anche quelli del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (D.A.P.).

In entrambi i casi, il Tribunale per i minorenni ed il Centro per la Giustizia minorile di Napoli, ognuno per le proprie competenze, ha provveduto su nostra specifica richiesta, ad inviare le differenti *name-list* corrispondenti ai campioni adottati nell'indagine.

Gli *outcome* prodotti<sup>26</sup> dal Casellario Giudiziale ci permettono di costruire il c.d. *tasso di recidività*, poiché sono in esso iscritte le sentenze di condanna, o di proscioglimento, divenute irrevocabili. Viceversa, i riscontri ricevuti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ci consentono di calcolare il c.d. *tasso di ricaduta criminale*, derivato dal computo degli ingressi in un Istituto Penitenziario attribuibili ad un medesimo soggetto per la commissione di nuovi reati.

A tal proposito, corre l'obbligo di chiarire che, data la particolarità di questa fonte, non è detto che i soggetti non presenti nelle banche dati del D.A.P. non abbiano commesso alcun ulteriore reato.

---

25. Per un confronto si rinvia alle fonti menzionate nella nota numero 11.

26. È bene specificare che sia il Casellario Giudiziale che il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ci hanno restituito dati aggregati e trattati in forma anonima, in ragione dei quali mai è stato possibile risalire al nominativo originario segnalato, nel pieno rispetto della normativa sulla privacy.

È verosimile, infatti, che alcuni di essi abbiano continuato a delinquere, ma questo non sia coinciso con l'assunzione di provvedimenti limitativi della libertà personale. In tal caso, è ovvio che la posizione ufficiale del soggetto non coincida con quella reale.

Limitandoci ad osservare quanto in nostro possesso, è possibile evincere che il c.d. tasso di ricaduta criminale è evidentemente alto nei soggetti che già da minori sono stati protagonisti di una detenzione per effetto di una condanna (campione di controllo N<sub>c3</sub> 238). Il 63%, infatti, da adulto ha commesso un nuovo reato per il quale ha fatto ingresso in un Istituto Penitenziario.

Questo dato confermerebbe quell'orientamento che vede nell'esperienza del carcere minorile il primo step verso la costruzione di percorsi criminali di stampo carrieristico e tale affermazione trova campo fertile specie se comparata con i riscontri ottenuti dal Casellario Giudiziale.

I dati del Casellario, infatti, ci segnalano che il 56,3% dei soggetti del campione sono presenti nelle proprie banche dati poiché titolari di almeno una sentenza di condanna da maggiorenni. In quest'ultimo caso il c.d. tasso di recidività aumenta ulteriormente se si considera che a carico dei 134 nominativi che da adulti sono stati condannati, si rilevano ben 562 provvedimenti di condanna, il che sta ad indicare che in media ogni soggetto è stato condannato oltre 4 volte.

Tuttavia, isolando questo dato che resta sicuramente a conferma di quanto il ricorso a misure di carattere meramente contenitivo riescano unicamente a rispondere alla necessità del controllo più che della rieducazione del soggetto, e soffermandoci maggiormente sugli strumenti tipici del sistema processuale minorile che interrompono il sinallagma reato-pena, si è evinto che il campione di controllo N<sub>c2</sub> 286 del perdono giudiziale è quello che fa censire tassi di ricaduta criminale più alti. Il 24,1% dei soggetti del campione ha fatto ingresso da adulto in un istituto di pena per aver commesso un crimine. A ben vedere il tasso di recidività ricavato dal Casellario fa aumentare tale valore al 32,2%.

Relativamente al campione di controllo N<sub>c1</sub> 199 della irrilevanza del fatto, invece, la ricaduta criminale stimata per mezzo dei dati del D.A.P. si attesta al 15,1%, ed ancora una volta questo valore sale al 23,7% se consideriamo quale fonte di riferimento quella del Casellario Giudiziale e, dunque, le sentenze di condanna pronunciate a carico di soggetti maggiorenni ex destinatari di un giudizio di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto.

Diverso il caso del campione sperimentale N<sub>1</sub> 287 soggetti messi alla prova. Innanzitutto il tasso di ricaduta criminale registrato è del 18,5%, ossia inferiore di circa 5,6 punti se posto a confronto con il perdono giudiziale, pur restando più alto rispetto a quello censito per l'irrilevanza del fatto. Ciò detto, questo indice aumenta al 24,7% se consideriamo i dati della recidività forniti dal Casellario.

Nello specifico, dei soggetti ex beneficiari di messa alla prova risultati poi titolari di almeno una sentenza di condanna da maggiorenni, il 73,2% aveva concluso la prova positivamente.

È rispetto a questi ultimi che la misura della probation processuale ha reso maggiormente manifesto il suo fallimento in termini di efficacia rieducativa e responsabilizzante cui si tende quando si decide di investire in tale percorso.

*Conclusioni.* Questi primi risultati sono forieri di molti dubbi e criticità presenti nella gestione delle diverse misure alternative al trattamento proprio del circuito penitenziario. Ovviamente dubbi e criticità che non rimandano alla necessità di ricorrere alla detenzione che, come si è già detto, svolge una esclusiva funzione di controllo e riduzione della libertà del soggetto e giammai, se non in ridotti casi e per biografie particolari, una funzione di responsabilizzazione e rieducazione della persona.

Tra l'altro si porrebbe il problema rieducarlo a cosa visto che in nome della legge spesso si consumano (e si sono consumati) i peggiori delitti?

La questione più diretta inerisce l'efficacia e la necessità di revisione di un impianto giuridico che ha avuto il merito di rompere l'equazione crimine-carcere.

Efficacia e revisione perché da un lato i tassi di recidiva registrati fra i destinatari delle diverse misure non sono bassi. In più, è evidente, comparando gli stessi con quelle poche ricerche che abbiamo a riguardo in altre realtà del Paese, che c'è una forte influenza determinata dall'ambiente sociale, ma proprio perché è reale questo fattore è ad esso che occorre porre rimedio immaginando soluzioni transitorie e più creative. Ancora: c'è una questione che inerisce il peso che alcune sedi giurisdizionali patiscono rispetto ad altre e per le quali una migliore e più efficiente organizzazione del lavoro, una più stretta sinergia fra i magistrati, il servizio sociale e gli operatori del non profit si rende necessaria se non imprescindibile per la valutazione dei risultati a medio e lungo termine. Infine, c'è un rischio occulto che aleggia quale esito dello scarto tra una valutazione "formale" all'esito della prova e una valutazione "sostanziale": l'interiorizzazione nel minore, che come visto è già in fase più avanzata di età, di una giustizia compassionevole che riduce a tal punto i costi soggettivi che tra l'altro non richiede neanche un atto riparativo nei confronti della vittima e/o della comunità comunque lesa.

# Una nuova teoria della nullità: costruzione di un nuovo sistema di principi alla luce della strumentalità costituzionale della procedura penale<sup>1</sup>.

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER<sup>2</sup>

## ABSTRACT

*A new nullity's theory in the Brazilian penal process*

È necessario, nel compito di superare i problemi presentati come inerenti alle strutture della teoria delle nullità<sup>3</sup>, che l'orientamento metodologico e teoretico impartito dalla scienza processualcivilistica e poi trasmessa alla procedura penale deve subire un mutamento di rotta.

L'obiettivo della presente indagine non è semplicemente la verifica dei principi del sistema processuale penale in materia di nullità. Il problema fondamentale è l'inadeguatezza della disciplina a fronte delle norme costituzionali emergenti dallo Stato di Diritto. Insomma, la teoria delle nullità soffre di un anacronismo e di un'adesione alla struttura inquisitoria, concepita qui come quella sistematizzazione di poteri che in livello verticale e orizzontale produce una sorta d'illegalismo congenito<sup>4</sup>.

Come ha sostenuto Cordero, il sistema inquisitorio è orientato da una logica deforme, che espone i giudici a quadri mentali paranoide ed al lavoro poliziesco<sup>5</sup>.

---

1. Questo articolo è un piccolo frammento della monografia già pubblicata in Brasile denominata *Una Nuova Teoria Delle Nullità en la Procedura Penale*: introduzione principiologica alla teoria dell'atto processuale penale irregolare.  
2. Professore delle discipline di Processo Penale e Criminologia del Programma di Formazione Post-Laurea (Master Universitari e Dottorati di Ricerca) dell'Università Pontificale del Sud del Brasile (PUCRS). Coordinatore della Scuola di Specializzazione in Scienze Penali dell'Università Pontificale del Sud del Brasile (PUCRS). Avvocato Criminalista.  
3. R.J.GLOECKNER, *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica ao ato processual penal irregular*, Salvador, 2013

4. In questo senso F. CORDERO, *Procedimiento Penal*, Santa Fé de Bogotá, 2000 in cui si afferma che “Los juicios son discursos; el acusado está entre los que hablan y que son más importantes; cuánto y cómo habla, ello depende del estilo judicial. Hemos visto ya qué es el indagado, un animal que se confiesa; sus manifestaciones vocales alimentan la máquina; el *taciturnus* silencioso o de pocas palabras constituye un caso técnicamente fracasado, aunque sea condenado con pruebas obtenidas en otra parte. Este modelo impone minuciosas introspecciones, períodos largos, trabajo intenso, técnicas jurídicamente amorfas; los posibles límites legales (por ejemplo, hasta cuándo son repetibles los tormentos) tienen vigencia en el papel, eclipsados por un ilegalismo congénito al sistema; por tanto, no imputables a perversiones individuales (como sucede, con fines de consuelo, en la supuesta historia manzoniana del proceso milanés contra los untadores). El estilo acusatorio, en cambio, impone severos rituales a la palabra”.

5. F. CORDERO *Guida Alla Procedura Penale*: Torino, 1986. p. 51-52 in cui si afferma che “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoide. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimula cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura usandoli l’esito dove vuole). Nelle causa milanesi de peste manufatta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient’affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquente: l’inquisito risponde docilmente; l’inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi ha proiettato”.

Tale processo diventa un procedimento senza forme, un processo amorfo per eccellenza<sup>6</sup>. Nonostante la sostanziale modifica nella struttura del processo dopo l'emergenza dello Stato Costituzionale di Diritto (e che intende l'abbandono di una concezione meramente legislativa dello Stato<sup>7</sup>), la procedura penale rimane ancora fondata sui principi orientati dalla difesa sociale.

Il tema di nullità non è diverso. Purtroppo, quest'orientamento e preoccupazione eccessiva del processo penale ai fini della pena promuovono una deformità e un'elaborazione unilateralista delle funzioni e degli obiettivi del processo penale.

Così, è necessario per una nuova comprensione del processo penale dibattere la natura specifica della sua strumentalità.

La procedura penale, in questo secolo, si erige come una forma di controllo statale e giurisdizionale ineliminabile.

La legittimazione per l'applicazione della pena dipende, soprattutto, dal rispetto ai precetti elementari che costituiscono la 'spina dorsale' della procedura penale.

Come assicura Gimeno Sendra, "el proceso penal es, junto con el Derecho Penal, el sector del ordenamiento en que mayores poderes se conceden al Estado para la restricción de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los ciudadanos<sup>8</sup>".

La strumentalità del processo corrisponde, in tal modo, ad una funzione di garanzia contro l'arbitrarietà del potere punitivo, che si sostanzia, per Ferrajoli, nel principio di *stricta* giurisdizionalità.

Da qui l'importanza del principio della legalità processuale<sup>9</sup>, che guiderà la dinamica della teoria delle nullità<sup>10</sup>.

Secondo Iasevoli, il principio di legalità processuale trova il suo fondamento nell'espressione costituzionale (principio di legalità costituzionale)<sup>11</sup>.

Com'è possibile percepire, il processo penale non si adegua a una qualche strumentalità, cioè, pensare alla procedura penale come semplice macchina di legittimazione della punizione o come una macchina punitiva, metaforizzata da Kafka *In der Strafkolonie*.

---

6. F. CORDERO, *Guida Alla Procedura Penale*: Torino, 1986, p. 50, in cui si afferma che "Le inquisizioni tendono al giuridicamente amorfo, sebbene esistono regole: i tormenti presuppongono adeguati indizi, mancando i quali l'eventuale confessione non vale; né sono ripetibili oltre dati limiti; e chi abbia resistito, purgando quei segni, dev'essere assolto. In pratica, l'inquisitore lavora come vuole: affare suo stabilire se gli indizi bastino o no; quanto al divieto delle torture iterate, basta fingere che siano i segmenti d'una sola, interrotta".

7. In questo senso P. COSTA, D. ZOLO, E. SANTORO. *Lo Stato di Diritto: storia, teoria, critica*. Milano, 2002. G. ZAGREBELSKY *Il Diritto Mite: legge, diritto, giustizia*. Milano, 1992.

8. V. GIMENO SENDRA, PRÓLOGO. In N. GONZALES-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid, 1990, p. 07.

9. A.M BINDER

10. C. IASEVOLI, *La Nullità nel Sistema Processuale Penale*. Napoli, 2008. p. 33, in cui si afferma che "Il principio di legalità processuale esplica il ruolo *servente* all'inviolabilità, che si traduce nella rideterminazione dei presupposti della restrizione sia quanto all'anche al *quomodo*, circoscrivendo i casi nella misura strettamente necessaria al fine ed evidenziando, in tal modo, la prevalenza dei diritti fondamentali rispetto all'interesse dell'accertamento del fatto".

11. C. IASEVOLI, *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. Napoli, 2008. p. 56.

Questa strumentalità unilateralista o meglio, di carattere esclusivamente di difesa sociale<sup>12</sup>, ha permesso che una determinata struttura o una sequenza di atti e poteri procedurali stabiliscono una primazia dell'effettività della punizione o, in altre parole, la superiorità del regime dell'ordine pubblico sugli individui.

Sicché non è molto difficile intendere lo sviluppo di una teoria composta di elementi che riuni aspetti conformanti di un ibridismo epistemologico. La strutturazione poliziesca del sistema inquisitorio trova nelle formule pandettistiche una perfetta sintonia. Cambiano i sensi, doppiano gli arsenali stilistici. Le parole fluttuano al sapore dei giochi parlati.

Al regime di nullità si spera stabilire una sorta di composizione di forza tra le proiezioni finalistiche intavolata dal concepimento del processo penale come una 'ferramenta' di controllo sociale e le garanzie che, tuttavia, ricevono un grado d'inferiorità sulla sovranità dell'interesse pubblico. La prima funzione richiede economia processuale: il flusso degli atti non ci deve debilitare.

Tutto diventa prestabilito: con la legge si proteggono la celerità e una "presunzione di colpevolezza" dell'imputato.

L'ammissione di vizi non soddisfa la pulsione di effettività del sistema penale (concepito come un mero dente d'ingranaggio<sup>13</sup> e una sfera dell'amministrazione della giustizia). La seconda richiede che l'economia processuale degli atti sia trattata diversamente.

Il garantismo esige l'autonomia dei diritti fondamentali su qualsiasi interesse finalistico. Inoltre, la validità e la stessa morfologia dell'atto processuale sembrano diverse; non solo l'ostacolo che sarà necessario rimuovere o trasporre. Il senso diventa invertito: le garanzie si confondono con la stessa finalità del processo.

Entrambi le concezioni sono antitetichie, però sul tema di teoria delle nullità, l'impiego dei concetti e delle categorie incorporati dalla tradizione avviene senza distinzione: i significati ed i principi sono plastici, malleabili, permutabili.

Diventa facile la ricostruzione semantica: cambiano gli scenari e la giustificazione; dall'origine all'applicazione contemporanea, alcuna remissione alla costituzione o altri diplomi internazionali sono fatti. Tuttavia, la modifica è meramente apparente. Niente cambia profondamente.

La strumentalità è invocata molte volte per garantire la concordanza tra la legge, la costituzione e la protezione dei diritti umani. La stessa strumentalità, in altri casi, appare fondamentale sul ruolo di prevenzione generale trasmesso (erroneamente dal diritto materiale) al processo penale, dimostrando la permeabilità del concetto<sup>14</sup>.

---

12. A. BARATTA, *Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale*. Bologna, 1982. Secondo Baratta, la difesa sociale crocia molteplici e varie teorie penali. La caratterizzazione dell'ambito di giustificazione, sia in il livello sociologico sia in il normativo, intende una varietà di principi fondanti come per esempio, quelli della colpeabilità, della finalità o prevenzione, egualità e così via.

13. Sulla teoria del dente d'ingranaggio H. ARENDT, *La Banalità del Male: Eichmann a Gerusalemme*. Milano, 1964.

14. Così, la concezione unilateralista della strumentalità processuale non soddisfa il richiamo della necessaria protezione dell'imputato nel processo penale contemporaneo. Non è possibile, perciò, concordare con queste posture che possano essere riscontrate v.g. in V. MELE, *Il Segreto Istruttorio*. Napoli 1959. p. 58. Nello stesso senso E. STRUENSEE, "el derecho penal es lógicamente dependiente del Derecho penal material, presupone su existencia, es Derecho secundario". La Prueba Prohibida. In *Revista Peruana de Ciencias Penales*. a.II. n. 4, 1994. p. 666.

Così, le nullità non possono essere spiegate in conformità a un concetto ‘poroso’ di strumentalità. Quando si parla di strumentalità si deve rinviare alla legalità processuale, a sua volta collegata al principio di legalità costituzionale (*in dubio pro libertate*<sup>15</sup>).

Connesso ai diritti e garanzie costituzionali, il processo penale ha la sua legittimazione ancorata nella strumentalità costituzionale, i cui vertici sono indispensabili per l’adeguata risposta statale ai reati in una prospettiva democratica. Il rispetto delle regole del gioco, come specie di tentativo di minimizzazione dell’eccesso punitivo – riduzione di danni – è il postulato basilico di un processo penale democratico.

Tuttavia, non si può dimenticare che la forma processuale è assolutamente indispensabile come materializzazione di quelle garanzie e diritti fondamentali prima osservati.

La forma processuale corrisponde alla garanzia che il processo penale seguirà un percorso stabilito normativamente, indipendentemente delle passioni, pulsioni ed altre forme d’irrazionalità che fioriscono nel campo del gioco processuale.

La composizione del processo secondo la strutturazione di elementi prefissati, di scudi protettori contro l’arbitrarietà<sup>16</sup> dipende dell’istituzione normativa di requisiti essenziale alla pratica degli atti giudiziari. In questo modo, la forma processuale come struttura categoriale e come elemento indispensabile alla formulazione della procedura penale in uno Stato Democratico di Diritto rappresenta l’insieme di principi consolidati nella Costituzione della Repubblica.

Com’è stato segnalato in precedenza, la rottura della forma (garante di quelli postulati elementari) potrà essere concepita come una specie di confine al potere punitivo, che non sarà esercito in qualsiasi modo. In questo senso la nullità può essere considerata una garanzia<sup>17</sup>.

La nullità di un atto processuale appare come una dichiarazione giudiziale d’invalidità.

La rinnovazione è una conseguenza inesorabile dell’invalidità processuale cristallizzata per conto di una dichiarazione.

Suo principale compito è promuovere la restaurazione di quei principi informatori del processo penale contemporaneo, essendo un’inammissibile arbitrarietà concepire l’atto giudiziale posto in essere in mancanza di conformità con le sue prescrizioni normative.

Secondo Presutti esiste un’interdipendenza reciproca tra la struttura del processo e la normazione dei vizi processuali<sup>18</sup>.

---

15. E. PEREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*. 7 ed. Madrid, 1998.

16. Espressione utilizzata da A. Binder, *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro Juris, 2003.

17. “Expresamos en primer lugar que es una garantía, porque si leemos atentamente la redacción de las normas, veremos cómo las mismas contienen la advertencia concreta de invalidez del acto en el caso de no guardarse las prescripciones previstas para él”. V.H. LORENCES, ; M.I. TORNABENE, . *Nullidades en el Proceso Penal*. Buenos Aires., 2005. p. 138.

18. A. PRESUTTI, *Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xix. p. 1179.

La teoria della nullità processuale, ancora una volta è necessario ricordarlo, si presenta come un punto di rilevanza singolare per la costruzione di un sistema processuale. L'amorfismo, la prevalenza di un'illegalità congenita è caratteristica di un sistema inquisitorio governato da un 'amore' per la verità a qualsiasi prezzo. Non si può dimenticare lo stretto rapporto tra la ricerca della verità e tutte le categorie proprie del procedimento inquisitorio.

Né è lecito ignorare l'appartenenza del principio di verità sostanziale ai regimi politici autoritari, come per esempio sostiene Taruffo. Questo elemento centrale per il svolgimento dei sistemi procedurali cambia di fuoco quando si è esaminato dal sistema accusatorio.

Qui, non interessa la persecuzione della verità come primordiale finalità, ma il rispetto delle forme prestabilite. Tuttavia, questo rispetto alle regole del gioco non ammette una confusione con il legalismo formale. Le forme sono organizzate da una protezione di valori in cui l'obbedienza è d'interesse espressamente pubblico. In questo senso, più di raggiungere una decisione di colpevolezza, importa segnalare e proteggere il normale svolgimento del processo, rifiutando l'efficientismo persecutorio responsabile della deformazione materiale del processo penale contemporaneo<sup>23</sup>.

---

19. Alcuni autori pensano possibile trovare la verità metafisica nella procedura penale. Per esempio, K. H. GOSSEL: "Quien solo reconozca una exactitud procesal y niegue la existencia de una verdad independiente del sujeto, ha perdido la conciencia de la verdad y la falsedad, y con ello también la diferencia que media entre ambas". K.H. GÖSSEL, *La Verdad en el Proceso Penal ¿Es Encontrada o Construida?* In *Revista de Ciencias Penales*. n. 6. 2000. p. 86. Altri chiamano le posture negazionisti della verità nel processo d'irrazionale. Ad esempio, M. TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo, 2013

20. Per Taruffo, non ha una connessione tra il regime democratico e il principio dispositivo, perché all'inversa, paesi come Germania, Francia, Inghilterra non hanno lasciato di essere democratici perché il processo penale ammette i poteri istruttori d'ufficio. L'equivoco di questa posizione se riscontra in la stessa nozione o uso che l'autore fa del concetto di democrazia. La questione della verità nella procedura penale non è l'unica a presentare rapporto con i sistemi processuali. In aggiunta a questo, interessa la performance che determinati categorie esercitano nel campo procedurale e politico. È comune il tentativo di stabilire una dinamica basata esclusivamente in una singola categoria. Tuttavia, la difficoltà portata da complessità dei sistemi procedurali contemporanei non permette questa semplificazione. M. TARUFFO, *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo, 2013. p. 207. Per tre belle analisi della relazione tra verità e sistemi processuali in senso molto più approfondito che quello utilizzato da Taruffo vedi S.H. KHALED JR, *A Busca da Verdade no Processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo 2013; R. CUNHA MARTINS, *O Ponto Cego do Direito: the brazilian lessons*. 2 ed. São Paulo: 2011; A.J. DO AMARAL, *Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo 2014. Necessario aggiungere, che l'analisi di Taruffo anche dimentica il regime di veridicità, come ha stabilito Foucault in una serie di lavori. Cf M. FOUCAULT, *Obrar Mal, Decir la Verdad: la función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires: 2013.

21. "Il principio di legalità processuale discenderebbe dall'essere, il nostro, uno Stato di diritto, il cui richiamo sarebbe in grado di giustificare anche l'esistenza di una legalità in senso sostanziale, inerente soprattutto alla distinzione tra il *disporre* e il *provvedere* e, in particolare, congeniale alla comparazione dell'atto alla legge". C. IASEVOLI, *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. Napoli 2008. p.

22. "El efficientismo penal busca hacer más rápida y eficaz la respuesta punitiva, limitando o suprimiendo garantías sustanciales o procesales que han sido establecidas en la tradición del Derecho penal liberal, en las Constituciones y en las convenciones internacionales". S. MOCCIA, *Seguridad y Sistema Penal*. In C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, M. CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Buenos Aires, 2006. p. 305.

23. "O processo penal que se tem hoje, então, dentro de um Sistema Inquisitório – ninguém mais duvida que se está nele se a gestão da prova estiver, em prevalência, nas mãos do juiz (Cordero) –, responde bem ao modelo imposto pelo neoliberalismo, razão por que é tão difícil de ser mudado". J.N. COUTINHO, *Direito Penal e Reforma Processual*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 16. n. 3., 2006. p. 390.

La nullità, allora, corrisponde ad una dichiarazione d'inidoneità dell'atto processuale per la produzione degli effetti. Quanto più rigorosi sono i limiti delle pratiche degli atti processuali, più vincolata dovrebbe essere la forma al sistema accusatorio.

Quanto più fondata nella massima efficacia degli atti irregolari la teoria della nullità, tanto più prossima sarà ad un amorfismo giuridico e, per conseguenza, più radicata sarà in un modello inquisitorio. Non a caso nei discorsi efficientisti l'osservanza delle forme finisce con l'essere identificata in una specie di formalismo innocuo. Ovviamente, la forma per la stessa forma o il formalismo esagerato rappresenta anch'essa una violazione a determinate garanzie, come la ragionevole durata del processo. Inoltre, la stessa dichiarazione di nullità potrà servire a finalità spurie ai modelli accusatori, come succede con la nullità motivata principalmente del rifacimento dell'istruzione probatoria e dalla possibilità di raccogliere materiale abile a produrre nuovi vincoli sul piano della colpevolezza dell'imputato.

Allora, quando si parla dell'osservanza delle forme, non si può commettere l'errore di ridurre la complessità della materia ad una sorta di mero sincretismo, ciò significherebbe un ritorno al formalismo esagerato, compromettendo la strumentalità costituzionale del processo penale<sup>24</sup>.

Il modello di processo penale brasiliano cerca di limitare al massimo le nullità. Nello stesso senso, la normativa brasiliana, che contempla di forma insufficiente la materia di nullità, soffre di un altro grave problema: la giurisprudenza se è incaricata di estendere il principio di convalidazione dell'atto processuale fuori dalla legge, ma quel che è peggio: ha cercato di trasformare le nullità assolute in patologie dipendenti dalla dimostrazione del pregiudizio, con la conseguenza di trasformare tutti i vizi in nullità relative. È chiaro che tali situazioni violano la Costituzione della Repubblica e tutti i principi che devono rimanere nel seno del diritto processuale penale in conformità con una prospettiva democratica. Nonostante, il sistema processuale brasiliano abbia configurato un'estetica della convalidazione, sotto "la formula magica"<sup>25</sup> della strumentalità delle forme. L'assunzione della strumentalità delle forme, per molti autori espressione del modello costituzionale e democratico di procedura penale relativizza il difetto dell'atto verso un ottenimento (illimitato) di certe finalità a qualsiasi prezzo, proprio il gusto della politica dell'efficienza<sup>26</sup>.

---

24. In questo senso, è percettibile l'esistenza di almeno due prismi diversi sui quali è possibile comprendere il processo penale. Secondo Garofoli, nel processo penale si scontrano due opposte visioni dei sistemi di giustizia criminale: per la prima, il processo è strumento di lotta contra il crimine, e si assume come nel broccardo "tutti i colpevoli devono essere puniti"; per la seconda, invece, il processo è un complesso di garanzie di tutela del cittadino, che può essere sintetizzato come nella massima di che "tutti gli innocenti devono essere protetti". Sono queste le ideologie tradizionali del processo penale. V. GAROFOLI, *Giudizio, Regole e Giusto Processo i Tormentati Itinerari della Cognizione Penale*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XLIII., 2000. p. 513.

25. R. WIETHOLTER, *Le Formule Magiche Della Scienza Giuridica*. Trad. de Luitgart. Riegiert Amirante. Roma-Bari, 1975.

26. Per Siracusano, il discorso sulle forme processuale ha enfatizzato intollerabili inconvenienti connessi alla generica e imprecisa "configurazione di se stesso". L'adozione di criteri elastici ha determinato croniche disfunzioni nella disciplina degli atti, ha creato incorreggibili inadeguatezze nell'organizzazione delle fasi procedurale, ha provocato situazione d'inquietante incertezza en l'applicazione delle norme. La configurazione viziosa della forma, imposta da legge e per l'opera del legislatore ha pavimentato, in sintesi, la via dell'abuso per opera delle parti e dal giudice. D. SIRACUSANO, *Problemi Attuali della Discrezionalità in Diritto Penale (Spunti Processuali)*. In *L'Indice Penale*. a. X. n. 2, 1976. p. 48.

Diventa trasparente il fatto che il principio della strumentalità delle forme è incompatibile con un modello di atti processuali supportati costituzionalmente.

La strumentalità costituzionale (livello di distinzione qualitativa di “mera strumentalità”) non è compatibile con il primato efficientista della relativizzazione delle nullità assolute, altro nome che potrebbe essere chiamato il principio di strumentalità delle forme<sup>27</sup>. L’attuale trattamento dottrinario e anche legislativo della materia espone distinte forme del sapere penale, ove si può elencare: il tema della nullità aggiunge e disegna una buona parte dello svolgimento scientifico insieme alla teoria dei difetti degli atti giuridici<sup>28</sup>, attraverso un’indovuta trasmissione di concetti privatisti<sup>29</sup> al nucleo della procedura penale, materia di diritto pubblico per eccellenza. In linea con la problematizzazione riferita, c’è altro: l’accoppiamento di quel contenuto privatistico sotto la forma di un modello di processo penale inquisitorio (amorfo). Riuniti i due elementi apparentemente contraddittori (la contraddizione è meramente apparente poiché il prisma privatistico può essere facilmente assorbito dalla tradizione d’illegalità inquisitoriale), la teoria delle nullità è montata quale un palinsesto<sup>30</sup>.

In Brasile, il Codice di Procedura Penale è architettato sulla base dei principi del Codice di Procedura Penale Italiano del 1930 (Codice Rocco). La riduzione delle nullità al minimo indispensabile segue le esigenze di difesa sociale<sup>31</sup>.

Secondo Presutti, il principio di difesa sociale, di cui il fascismo si è appropriato come giusto erede dei concetti positivistici ha filtrato ogni istituto dell’ordinamento processuale per l’attuazione di quello che era considerato come lo scopo fondamentale del processo penale<sup>32</sup>. Come si può percepire se la linea di difesa sociale può adottare i principi sul tema di nullità che si sono sviluppati col tempo, innegabile che non si possa sostenere un regime accusatorio avvolto negli stessi principi.

E più: l’ideologia della difesa sociale ha preso i suoi postulati in tema di nullità, la cui tradizione è erede della teoria degli atti giuridici, e rielaborata poi per il modello inquisitorio. Il filo rosso che permea entrambi le discipline è proprio la nozione di convalidazione, che permette la malleabilità dei vizi di forma. O la normatività delle regole che tutelano il giusto svolgimento del processo è applicata oppure no.

---

27. Per Amodio, il pericolo è che un rito basato sull’economia delle forme sembra aprire le porte per l’installazione dell’arbitrarietà. E. AMODIO, *Crisi della Legalità Processuale, Filosofia della Rassegnazione e Autorevolezza dei Giuristi*. In G. INSOLERA *Riserva di Legge e Democrazia Penale: il ruolo della scienza penale*. Bologna 2005. p. 88.

28. Secondo Del Pozzo, è evidente che nella costruzione processuale dell’invalidità degli atti processuali, la dottrina ha importato dalla dogmatica giuridica in generale i seguenti concetti, in cui ha fatto un uso speciale: a) i vizi degli atti giuridici; b) le nullità degli atti giuridici. C.U DEL POZZO, *Le Impugnazioni Penali*. Padova: 1951. p. 24.

29. Come risale Clément, il principio *pas de nullité sans grief* è proprio della teoria del diritto privato. G. CLEMENT, Gérard. *Pas de Nullité Sans Grief en Droit Judiciaire Privé et en Procédure Pénale*. In *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. n.3.1984. p. 434.

30. Non si può dimenticare dell’insegnamento di Ramos, in cui il trattamento delle nullità nasce con la scolastica cristiana, facilmente soffrendo una modellazione per il discorso inquisitorio, che assorbe la “estetica della convalidazione” degli atti giuridici in generale. “No direito civil, a teoria da nulidade dos atos jurídicos é contribuição indiscutível dos doutrinadores cristãos.”. J.G.G RAMOS, *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. São Paulo, 2006. p. 50.

31. Per esempio, la idea di difesa sociale può essere trovata nel pensiero di autori che sostengono la finalità della procedura penale come la concreta attuazione della legge e dell’ordine e l’interesse generale dello Stato a che l’ordine sia rispettata. Così G. SABATINI, *Trattato dei Procedimenti Incidentale nel Processo Penale*. Torino, 1953. p. 17.

32. A. PRESUTTI, Adonella. *Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xix, 1976. p. 1201.

Uno stesso sistema di principi non può servire al sistema accusatorio e all'inquisitorio simultaneamente, vale a dire, ad un sistema radicato nella legittimazione costituzionale e ad un altro ancorato nella persecuzione penale a qualsiasi prezzo.

Di questa forma, è possibile percepire come la mancanza di compromesso critico della dottrina nella sua relazione con i principi strutturanti sul tema di nullità compromette in modo integrale il trattamento della disciplina, principalmente della Costituzione del 1988 in Brasile.

Rilevante affermare che lo stesso principio della strumentalità delle forme è presentato, per la prima volta, come ha osservato Leone, da Raffaele Garofalo. Sottomesso all'illegalità congenita, il sistema di nullità dell'ideologia della difesa sociale, che trova nel Codice di Procedura Penale Brasiliano la sua manutenzione, si caratterizza per la mancanza di qualche limitazione giuridica. Secondo Costa Andrade, "em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a actividade probatória, que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais, postula invariavelmente a necessária legitimação legal"<sup>33</sup>.

Tuttavia, il sistema di nullità brasiliano si caratterizza per la relativizzazione di questi limiti al potere statale. La maniera più aggressiva presente in tema di nullità corrisponde al principio della strumentalità delle forme, consolidata in Italia, inclusiva di una sorta di sanatoria generale. Inoltre questo principio, lo svolgimento dei concetti come "mera irregolarità" e "nullità relativa" contribuiscono sensibilmente per un sistema sempre più capace di contribuire per un regime di nullità assoluta più limitato. Così, un sistema di nullità destinato a preservare i diritti fondamentali non ammette trivializzazione, né può essere considerato (come fa buona parte della dottrina disattenta alle garanzie costituzionale) mero ritualismo<sup>34</sup>. Questa concezione di nullità come mero registro di funzionamento legale significa trattare le forme come ostacoli alla ricerca della verità materiale<sup>35</sup>.

Così, corrisponde, nonostante alcuni mascheramenti concettuali, allo stesso trattamento delle forme processuale dispensata dal Codice Rocco, che tuttavia, non ha innovato nel tema. Lo che ha fatto il menzionato diploma normativo è espressamente trattar l'imputato come un oggetto dell'investigazione e, pertanto, consolidare la procedura penale come strumento repressivo.

---

33. M. DA COSTA ANDRADE. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra, 2006.p. 22.

34. "Debemos reiterar que las formas procesales no responden a un mero ritualismo, no constituyen una sacralización del rito por el rito mismo, por el contrario, por medio de ellas el proceso penal, como instrumento protector de garantías constitucionales, adquiere el orden y la disciplina necesarias para recorrer regularmente todo ese tramo existente entre el acaecimiento del hecho y la sentencia". R.I. CORNEJO, *¿Está Facultado el Fiscal de Instrucción Para Declarar la Nulidad?* Córdoba 2005.p. 35.

35. Secondo Pressutti, la tradizionale funzione delle forme non potrebbe passare indenne a una concezione a degradare i diritti soggettivi dell'imputato e ha trasformatoli in diritti quando molto riflessi, interpretando le libertà individuale come risultanti della protezione dello Stato e destinate alla realizzazione dell'interesse sociale. Le nullità si sono trasformate in un insieme di vincoli, veri ostacoli che hanno impedito il cammino per la giustizia verso la realizzazione della verità sostanziale. In questa attuazione eccessiva della pretesione punitiva statale, in effetto, si può volere vedere una unica giustificazione per la solennità delle forme, non più posti per la protezioni degli interessi dell'imputato, ma considerate come le maggiore garanzie della esemplare giustizia punitiva. A. PRESUTTI, *Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xix, 1976. p. 1201.

Qualcosa che non è assolutamente sconosciuta del sistema criminale. Dai classici ai manuali più semplici e senza grandi idee, la teoria delle nullità è costruita di forma continua e sotto le stesse fondazioni epistemiche. I principi di fondazione della teoria dell'invalidità processuale sono gli stessi, con differenze di meno importanza, in diversi paesi occidentali che adottano il sistema continentale. E questo rappresenta un enorme deficit tra le garanzie del processo penale che nascono con il neocostituzionalismo del post-guerra e il suo trattamento teorico eclissato attraverso vetuste brocardi e vecchie idee, che hanno permesso la creazione di un vero "palinsesto" in rapporto alla teoria della nullità e sua formattazione teoriche.

L'attuale consolidazione della teoria dell'invalidità processuale è un misto che incorpora la teoria degli atti giuridici in generale (pertanto, tenendo come premessa basica un lignaggio privatistico) alla teoria generale del processo. Almeno, l'orientamento che gli è data dalla teoria generale del processo permette di elaborare principi "universali" sul tema di nullità.

L'artificio teorico che sedimenta le categorie stesse del diritto privato è assorbito dal discorso di tipo inquisitorio moderno (neo inquisitorio), che garantisce la "funzionalità del sistema" intorno sul piano dell'efficacia. Infatti, la visione che ricostruisce le nullità come meri aspetti formali e solenni, esigendo l'abbandono della legalità per operare attraverso il funzionamento sistemico si collega alla struttura epistemica del processo come macchina per la richiesta della verità. Nella prospettiva dell'aspetto fondamentale della stretta giurisdizionalità che fonda il processo penale come riduzione di danno, le nullità devono emergere come meccanismi di strumentalizzazione della verificabilità empirica del fatto delittuoso, minimizzando lo spazio dei poteri di disposizione del magistrato, che corrispondono a lacune, permettendo il sorgere di poteri arbitrari.

Secondo Presutti, il tema della nullità è vincolato al principio dell'economia delle forme, essendo in rilevante tensione con l'attività statale: il fatto è che una barriera legislativa contro l'interpretazione flessibile intorno alle cause di nullità potrebbe frenare l'espansione del principio dell'economia delle forme, che si presenta come fondamento di "tutte le attività statali" in cui lo spazio processuale non si stanca di offrire importante riscontro<sup>37</sup>.

La repressione attiva e implacabile contro la criminalità – che passa dai nemici dello Stato alla criminalità organizzata e dopo un nuovo ritorno sotto la forma dei terroristi – ripudia qualsiasi nozione di un processo radicato in una concezione d'invalidità come limitazione del potere. Evento che, infatti, non suona strano al sistema inquisitorio. Il problema emerge nell'uso e nell'estensione del regime di eccezione, verificabile sotto il prisma delle esigenze del pregiudizio, della convalidazione dell'atto e della finalità.

---

36. Il discorso inquisitoriale moderno riferisce al momento processuale caratterizzato dalla superazione della "Santa Inquisizione" concepita come tale. Questa superazione non significa la "morte" del sistema processuale, che sopravvive, mascherato specialmente per la ricusa di trovare il nucleo del sistema, consustanziato nella gestione della prova. In termini di nullità, è possibile identificare nel sistema inquisitoriale un repudio alla forma processuale essenziale al buono funzionamento del sistema.

37. A. PRESUTTI, Adonella. *Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xix, 1976. p. 1210.

Dunque, quest'analisi può essere corroborata dal pensiero di Presutti secondo cui l'aspirazione legittima per liberare il processo penale della trappola di un ordinamento rigoroso sul tema di nullità si trasforma, con il fascismo, nel pretesto per trasformare il diritto processuale in uno strumento capace di "raggiungere", senza contrattempi", un'esemplare repressione della criminalità<sup>38</sup>. Questa connessione del modello repressivo a una teoria soft delle nullità sorge come esigenza di rinnovazione dell'apparato strutturante del Potere Giudiziario.

L'elaborazione di una teoria dell'amministrazione della giustizia applicata alla teoria della nullità è responsabile dell'attenuazione di varie categorie.

Semplificazione dei procedimenti, riduzione dei ricorsi, espansione del principio della strumentalità delle forme, incremento delle limitazioni all'applicazione della teoria del frutto dell'albero dai frutti avvelenati, prevalenza delle nullità relative in detrimento delle nullità assolute e il concetto di mera irregolarità, che entra nella teoria processuale come sostituto della controversa categoria dell'inesistenza, sono alcuni esempi di questa trasformazione.

La teoria delle nullità si trova intensamente collegata al tema degli atti processuali in cui lo sviluppo richiede anche una riflessione sulla natura del processo penale. La concezione predominante tratta il processo come una sequenza di atto giudiziale, tuttavia, essa è incapace di sentire e di permettere un'analisi delle nullità che non sia una mera deficienza nella realizzazione dell'atto.

Non solo il processo non è una mera sequenza di atti, ma neppure gli atti isolatamente concepiti possono servire come parametro per una riformulazione della teoria delle nullità.

Adesso, il ricorso alla teoria della situazione giuridica di Goldschmidt permette di segnalare la circostanza che al contrario di quel che è dimostrato dalla dottrina e giurisprudenza dominanti, il processo è dinamica, non statica. E così, gli atti isolatamente concepiti non servono per calcolare, per esempio, l'estensione della contaminazione degli atti susseguenti. Secondo Schmidt, gli atti processuali sono "aquellas formas de conducta constitutivas del proceso que son regladas por el derecho procesal como presupuestos y efectos"<sup>39</sup>. Al suo turno Goldschmidt afferma che gli atti processuali sarebbero "aquellos actos de las partes y del juez que forman la situación procesal, es decir, que constituyen, modifican o extinguen expectativas, posibilidades o cargas procesales o dispensas de cargas"<sup>40</sup>.

Gli atti giudiziali, più che un agglomerato di elementi in cui la realizzazione difettosa non permette la generazione di effetti, produce direttamente effetti sulle aspettative processuali. In questo senso, attraverso il riferimento alla teoria della situazione giuridica, in molte occasioni l'estensione di questi effetti sarà alterata, purché ciò che si raggiunge, oltre agli elementi formali degli atti, è l'aspettativa di una sentenza favorevole, o la prospettiva di una sentenza sfavorevole.

---

38. A. PRESUTTI, *Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xix, 1976. p. 1202.

39. E. SCHMIDT, *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Trad. de Jose Manuel Nuñez. Buenos Aires, 2006.p. 122.

40. J. GOLDSCHMIDT, *Teoría General del Proceso*. Barcelona, 1936.p. 101-102.

Ancora, come dimostra Cordero, l'atto è ogni emissione verbale o gesto regolato dalle norme processuali, in cui la dipendenza di un elemento psichico dipenderà del modello. Uno dei motivi per i quali sembra impossibile fissare una teoria statica delle nullità stabilita esclusivamente sull'atto processuale difettoso (isolatamente concepito come nella teoria del rapporto giuridico) è, giustamente, la circostanza che gli atti sono costituiti da linguaggio. L'atto processuale non è altra cosa che il flusso verbale delle parti e del giudice, dipinti e temporizzati dal passaggio del flusso al simbolo scritto. Evidente che il flusso verbale è molto più di quello tradotto nel processo dai documenti d'udienza, dalle decisioni interlocutorie, dalle petizioni delle parti.

Questa è soltanto la concretizzazione della fluidità processuale, molto bene percepita dal processualista italiano, e che corrisponde alla sua grande percezione, al permettere, attraverso l'interdisciplinarietà, di fare il rapporto tra processo e psicanalisi.

È possibile affermare, pertanto, che il difetto d'un atto non significa unicamente la sua pratica difforme. Rappresenta la possibilità di rottura della struttura di equilibrio processuale, poiché la nullità non è soltanto una garanzia, ma consente il controllo e la gestione delle possibilità processuali distribuite nel lungo del procedimento.

Uno dei problemi centrali per una riformulazione teorica delle nullità è la sudditanza della dottrina e della giurisprudenza dominante ad una sorta di dogma della teoria del rapporto giuridico, così come la statica processuale alimentata. Dunque, l'equiparazione semplice della nullità con la perdita degli effetti degli atti, passando fuori della problematica dell'invalidità dell'atto è ostacolata in altra osservazione denunciata da Cordero da lungo tempo: tutti gli effetti giuridici non passano di metafore. È un problema che si ripete con la dicotomia tra questione di fatto e questione di diritto nel trattamento degli atti giuridici in generale.

Come metafora, l'effetto dell'atto non può essere configurato come qualcosa "naturale". Il tentativo positivista di naturalizzare qualcosa di artificiale per eccellenza, come la dinamica processuale, e la rispettiva idea di 'domesticare' l'estensione dei difetti giuridici, è preoccupante.

Il primato di una tecnica processuale-amministrazione della giustizia come il correlato di una perdita della stessa capacità del giudicare (H. Arendt) dimostra il servilismo della teoria delle nullità nel suo svolgimento come strumento per qualche opera. Il doppio fondamento sotto l'arsenale privatistico e il suo funzionamento sottomesso al modello inquisitorio permettono il suo frequentee riordinamento d'accordo con le convenienze della politica sul tema criminale, in special modo.

---

41. F. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino, 1986 p. 184.

42. F. CORDERO, *Guida Alla Procedura Penale*. Torino, 1986 p. 12.

43. "Nessuno, con gli occhi aperti, crede più all'identità testo-norma, illusoriamente asserita dagli illuministi devoti alla 'Loi' e relativa mitologia, o alle fiabe spacciate dell'Ecole de l'exégèse sull'ermeneutica-scienza esatta: da una formula escono tante norme quante sono le teste dissidenti; finché non sopravvenga un fatto abrogativo, i testi durano immobili ma il senso muta e correlativamente variano le norme, nel tempo e nello spazio; in mano a un tribunale paranoicamente codino l'art. 528 c.p. incrimina anche "Les fleurs du mal"; letture ciniche o ispirate da zelo progressistico diluiscono qualunque oscenità. Il testo è un fatto grafico. Le norme sono prodotti mentali. I soli a non capirlo può darsi che siano alcuni vecchi magistrati inclini alla protesta collerica. Non stiamo postulando una nichilistica equivalenza delle conclusioni: ne sfilano tante, variamente classificabili; alcune suonano bene, altre meno, in una gamma dall'ovvio al delirante; bisogna che passiamo al vaglio ma, più o meno ragionevoli, contano quelle imposte dai banchi giudiziari". F. CORDERO, *Guida Alla Procedura Penale*. Torino:, 1986 p. 17-18.

Di questa forma, il funzionamento della teoria delle nullità assorbita da una specie di paternalismo giudiziario (come il caso della gestione della prova e del sistema inquisitorio connesso) tiene conto dello scenario giuridico brasiliano. Giustamente la libertà dell'attività del magistrato è limitata da una teoria forte delle nullità. Secondo Foschini, uno dei campi nei quali si esercita questo paternalismo giudiziario è naturalmente quello costituito da principi e norme che limitano la libertà del giudice perché assicurano e regolano, nel processo, la funzione difensiva.

Se la nullità può essere considerata una garanzia, così come rappresenta un limite all'attività giurisdizionale (concessione di legittimità alla pena attraverso lo svolgimento valido e regolare del processo), ovviamente che la piccola attenzione che vi è dispensata marca un problema d'attuazione dismisurata del magistrato, denunciata da Foschini come paternalismo giudiziario.

Secondo Prado, “*assim, ‘as regras do jogo’ não se concretizam sem a interferência dos sujeitos que participam do processo, não há dúvida de que são os atos que estes sujeitos praticam que têm de diferenciar os vários modelos processuais*”. Dunque, ovviamente, l'ammissione processuale di atti irregolari demarca una patologia endogena al processo, capace di creare frequenti spazi di disposizioni (Ferrajoli) del potere. Il risultato è l'incremento di una morfologia processuale contraria a limiti chiari. Ancora, secondo Foschini, il problema principale del paternalismo giudiziario è quello stesso della tradizione inquisitoria, con un'attività sempre autoritaria del giudice, non raramente volta tutelare uno “Stato Etico” (e tutti i pericoli derivati di questa nozione)<sup>47</sup>.

All'interno di questa prospettiva del paternalismo giudiziario, il tema delle nullità, quanto al problema della protezione della forma degli atti processuali, diventa un aspetto centrale, giacché è conosciuta, in definitiva, l'opposta tendenza a non riconoscere le più gravi nullità ed in tal modo escludere gli effetti derivati quando la stessa nullità proteggerebbe gli atti praticati dal giudice<sup>48</sup>.

Così, si autorizza il funzionamento di un processo penale foderato da una sorta di regime d'eccezione permanente, nel quale si moltiplicano le ipotesi di applicazione di “escludenti di anti-giuridicità degli atti processuali” realizzati difettosamente. E questo implica, almeno potenzialmente, una restrizione dei diritti fondamentali, senza l'esistenza d'una eccezione espressa. Secondo Cornejo, sembra impossibile una dichiarazione di nullità che non sia in alcuna forma la protezione di un principio processuale<sup>49</sup>.

---

44. Per una concezione di procedura penale che attribuisce al giudice l'esercizio di una funzione *dominus litis* F. A. CUSIMANO, *Il Problema della Giustizia nel Rapporto Processuale*. Padova, 1958.

45. G. FOSCHINI, *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. Milano, 1971.p. 294.

46. G. FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. p. 293.

47. Per Cusimano, il principio inquisitorio, definitivamente relegato dalla concezione democratica, come residuo di un ordinamento incivile e degradante, riappare nella forma dello Stato totalitario come quel sistema che meglio può tradurre in atto la volontà e gli obiettivi che lo Stato Etico persegue. F.A CUSIMANO, *Il Problema della Giustizia nel Rapporto Processuale*. Padova, 1958.p. 215.

48. G. FOSCHINI, *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. Milano, 1971.p. 294.

49. R.I. CORNEJO, *¿Está Facultado el Fiscal de Instrucción Para Declarar la Nulidad?* Córdoba: , 2005 p. 56.

Di Nonostante il processualista argentino porta all'estremo la costituzionalizzazione delle forme processuali, c'è una questione di nota rilevanza che deve essere formulata. Non dovrebbe essere espressamente prevista la formula di accettazione di atti processuali a prima vista invalidi? E poi, non sarebbe necessaria l'espressa autorizzazione costituzionale per non dichiarare come invalidi atti processuali posti in essere nell'inosservanza della stessa normativa?

La strumentalità costituzionale del processo richiede un controllo rigido sulla forma per lo svolgimento del processo. Per questo, nello specifico, il tema delle nullità acquista tale rilevanza. Sembra chiaro che in un contesto generale, la nullità, per essere una garanzia, si fonda nella Costituzione della Repubblica. Tuttavia, la sua radicalizzazione significa che tutta la nullità sarebbe una violazione alla stessa Costituzione e così il problema della nullità diventa di tipo costituzionale.

Le nullità sono strumenti di concretizzazione dei principi costituzionali. C'è un evidente nesso tra le nullità processuale e la strumentalità costituzionale del processo penale.

Questo è il fondamento. Per questo, la percezione sull'attuale trattamento delle nullità in Brasile non permette edificare la riferita ricostruzione. Di conseguenza, vi è la necessità di una nuova elaborazione dommatica, con l'abbandono dei principi tradizionali e l'elaborazione di nuovi, ammettendo nuove norme di orientamento e di ristrutturazione.

---

50. Non c'è spazio per il svolgimento del tema che è stato sviluppato in .R.J. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. Salvador, 2013.

51. "Fala-se em (re)construção, porque é possível que nunca tenha existido uma teoria das invalidades própria a servir o processo penal. Conceitos de existência, validade e eficácia do ato sempre foram buscados no direito civil. Não há dúvida de que a construção de uma única teoria, própria a servir a todos os ramos do direito, seria excelente. O direito penal iria lograr muito se o acusado tivesse um tratamento sobre as invalidades semelhante àquele dado ao reclamante na justiça do trabalho, ao réu no processo civil, ao empresário no direito comercial, ao contribuinte no direito tributário. Contudo, é justamente no direito penal que a teoria se vê relativizada – para não dizer manipulada – por conta de uma política criminal do terror". A. BAUM, ; J. MARQUES, *Um Novo Olhar Sobre as Invalidades no Processo Penal*. In *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. a.IV. n. 22, 2003. p. 21.

## Indagini e prove tra monofasicità e contraddittorio differito.

MARIANO MENNA

### ABSTRACT

*To ensure the basic outline of the process represented by the monophasic inability to assume, by the court of the evidence down, of the eventual completion of the investigations should be provided as part of a future process model that investigations can continue even in the presence of the opening of a stadium evidence. As part of any future process monophasic, as well as criminal procedure in force, it is possible to introduce the adversarial deferred - instead of the adversarial poetic - correlating to a progressive formation of the evidentiary proceedings and a possibility of using video recordings of the elements constituting the first portion of the progressive processes of assessment. In this regard, in order to avoid influences of subsequent evidence, we must avoid the knowledge of investigative elements illegitimate by the deciding introducing the control by a judge before the hearing takes place in which the contradictory deferred.*

SOMMARIO: 1. – Le garanzie di non presumibilità da parte del giudice delle prove dell'eventuale completamento delle indagini nel processo monofasico. – 2. Contraddittorio differito e formazione progressiva degli accertamenti.

1. In un'ottica monofasica la relazione che può essere stabilita tra indagini e prove è innanzi tutto di intersecazione tra stadi di un'unica progressione del procedimento verso la sentenza di I grado e non più di giustapposizione tra fasi telelogicamente non omogenee<sup>1</sup>.

Non collocando più le investigazioni in un unico blocco connotato da strutturale segretezza e proteso verso l'esercizio di un'azione concreta, le stesse diventano atti che in sede accertativa rilevano esclusivamente come preparatori dell'esercizio del diritto alla prova nel contraddittorio con l'imputato.

In tale prospettiva la segretezza non è più connotazione di fase, bensì carattere di atti che sussiste quando rispetto alle richieste di accertamento avanzate dal pubblico ministero o dal garante, il giudice degli stadi investigativi ritenga di non disporre in alternativa lo svolgimento degli atti inventivi in contraddittorio con l'imputato.

Il confronto dialettico con quest'ultimo deve, quindi, avere la precedenza quando rispetto al contenuto dell'accertamento da svolgere oppure a fronte dell'utilizzo e dello sviluppo dei presumibili risultati dell'inventio non sia necessario mantenere la segretezza;

---

1. Le considerazioni che in questa sede si svolgono sulla dinamica procedimentale monofasica presuppongono la conoscenza del modello che a siffatta dinamica si riconduce.

Per l'approfondimento del medesimo si rinvia a M. MENNA, *Le maggiori garanzie ed i vantaggi funzionali di un processo penale senza fasi*, Napoli, 2005, passim; Idem, *Ragionevole durata ed effettiva dialetticità di un processo penale monofasico*, in *Diritto penale e processo* 2009, passim.

e ciò fatta salva la possibilità di riaprire lo stadio investigativo quando a seguito degli atti euristici compiuti nel confronto con l'accusato si riveli necessario compiere nuove indagini segrete. Per il giudice delle prove diventa visibile, allora, solo un collegamento tra atti preparatori (indagini) e prove e non un susseguirsi di fasi che sussisterebbero se al termine di un blocco di accertamenti preliminari si collocasse – come accade oggi – una valutazione della *regiudicanda* avvertita – come effettivamente realizzata dall'organo giudicante che subentri per raccogliere le prove nel contraddittorio con l'accusato e per decidere nel merito.

Questo non significa che per tutelare il “diritto al non processo” dell'imputato – che tale è perché nel processo monofasico l'azione diventa astratta e si colloca all'inizio di tutta la dinamica procedimentale – non possa comunque svolgersi una valutazione interlocutoria dell'addebito quando si siano completati dinanzi al giudice delle indagini gli accertamenti – solo preliminari o svolti (nell'ambito del possibile intreccio tra stadi investigativi e probatori) con la partecipazione del prevenuto -, ma lo stesso vaglio così come il previo completamento degli atti inventivi – segreti e non – non deve essere avvertito come necessariamente realizzatosi antecedentemente, dal giudice delle prove.

Se ciò accadesse, infatti, nella frazione probatoria si intenderebbero come già completati in precedenza gli atti inventivi davanti al giudice delle investigazioni e si dovrebbe concludere che il sindacato interlocutorio dell'addebito conseguente si sia rivelato negativo per l'accusato tanto da non impedire il passaggio allo stadio probatorio.

In questo snodo procedimentale sta l'essenza della monofasicità perché dal medesimo dipende – a garanzia di una maggiore terzietà dell'autorità decidente - l'assenza del pregiudizio dovuto oggi al fatto che il giudice del contraddittorio opera sul presupposto di due vagli preliminari sulla *regiudicanda* effettuati in termini negativi per il prevenuto e, cioè, quello coincidente con l'esercizio dell'azione concreta e l'altro del momento conclusivo dell'udienza preliminare.

In altri termini, in ottica monofasica, il giudice delle prove deve immaginare di poter ancora contribuire - attraverso le attività euristiche da raccogliere nel confronto dialettico con l'accusato - al completamento delle informazioni necessarie a decidere senza poter supporre che il passaggio dalla frazione investigativa a quella probatoria sia maturato in ragione di una già avvenuta conclusione degli atti inventivi e di una conseguente valutazione interlocutoria di sostenibilità dell'addebito in sede di raccolta delle prove. Bisogna nondimeno in merito confrontarsi con le possibili evenienze connesse al passaggio dallo stadio investigativo a quello di prova.

Siccome si ipotizza che a fronte di qualsiasi richiesta di accertamento dei soggetti investiganti al giudice delle indagini, quest'ultimo debba scegliere se farle effettuare in segreto o nel contraddittorio con l'imputato, si sviluppa per ciò solo un'alternatività tra investigazioni e prove che nel caso di richieste di prove avanzate anche successivamente al giudice del contraddittorio probatorio non può mai porre quest'ultimo nella condizione di supporre come avvenuto già nello stadio investigativo il completamento degli accertamenti.

Infatti, il giudice che decide sulla base di una dialettica di prove deve sempre poter considerare che quelle da raccogliere davanti a sé possano rappresentare atti inventivi che si compiano per la prima volta in alternativa e non come rappresentazione successiva di atti omologhi già precedentemente compiuti.

Questo dispositivo di garanzia della monofasicità non si realizza, però, nel caso in cui dopo il passaggio dallo stadio investigativo a quello probatorio le parti chiedano al giudice di quest'ultimo solo delle letture e non dei nuovi atti inventivi. In tale eventualità, l'organo decidente sarebbe portato naturalmente a pensare che nello stadio investigativo non si siano ritenuti necessari altri accertamenti al di fuori di quelli protocollati e dei cui protocolli si chieda poi la lettura. Ciò farebbe supporre l'avvenuto completamento degli atti inventivi.

Nell'ambito del processo monofasico, peraltro, si ipotizza che dopo lo stadio probatorio si possa riaprire quello investigativo; e ciò anche quando si possa rinviare lo svolgimento delle indagini in modo da fare spazio innanzi tutto ad accertamenti compiuti con il crisma del confronto dialettico con il prevenuto. Si vuole dire che anche in funzione della possibile riapertura dello stadio investigativo il giudice delle prove è nella condizione di non poter ritenere completati gli accertamenti nella precedente frazione di indagini.

Senonché, questo sarebbe possibile supporlo in apertura del contraddittorio probatorio, ma se in udienza le parti, al di là delle ipotizzate letture, non avanzano altre richieste istruttorie, né chiedono – dopo le letture – la riapertura di un nuovo stadio investigativo – il giudice decidente è portato a presumere – in funzione di tali comportamenti – che anche prima del passaggio allo stadio probatorio le parti avessero inteso come completati gli accertamenti con conseguente necessità di sottoporre al giudice delle indagini la valutazione interlocutoria della regiudicanda.

Siffatto vaglio peraltro verrebbe supposto come effettuato senza esito proscioglitivo per il prevenuto dal momento che invece di chiudere il processo a conclusione dello stadio investigativo si può stabilire nella fattispecie ipotizzata come avvenuto il passaggio alla frazione probatoria per il mancato accertamento di una situazione di non luogo a procedere o addirittura per la rinvenuta prova della colpevolezza in modo da aprire il contraddittorio dinanzi al giudice che deve decidere anche solo per effettuare dinanzi al medesimo delle letture e sostenere sulla base di queste ultime una richiesta di condanna. A fronte dell'accennata eventualità bisogna far sì che il giudice delle prove anche a fronte di semplici richieste di letture non immagini come completati gli accertamenti nel precedente stadio investigativo. Il problema può essere risolto consentendo dopo il passaggio dalla frazione di indagini a quella probatoria di sdoppiare il percorso procedimentale nel senso di ammettere che l'attività probatoria possa compiersi parallelamente ad un supplemento di investigazioni che si sarebbe legittimati a continuare come già oggi accade in relazione alle indagini integrative.

A tal proposito, bisogna ammettere un'azione probatoria, anche se parallela a quella d'indagine, che non disturbi quella investigativa.

In altra sede<sup>2</sup>, per evitare la situazione di possibile supposizione da parte del giudice delle prove dell'avvenuto completamento delle indagini in caso di richiesta di sole letture nella frazione probatoria del processo si era ideato il sistema per il quale il giudice delle prove avrebbe potuto d'ufficio ordinare di compiere altri accertamenti di tipo generico sulla cui segretezza o meno avrebbe dovuto decidere il giudice delle indagini a seguito della riapertura dello stadio investigativo.

---

1. M. MENNA, *Ragionevole durata ed effettiva dialetticità di un processo penale monofasico*, cit., loc. cit., passim.

Dopo siffatto ritorno del procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale operante in sede preliminare si sarebbe dovuto, però, operare necessariamente un nuovo passaggio alla frazione probatoria per compiere quegli stessi accertamenti disposti dal giudice delle prove – dei quali il giudice delle indagini non avesse ritenuta necessaria la segretezza – oppure per sollecitare la ripetizione degli atti preliminari espletati in attuazione prima del provvedimento del giudice delle prove e dopo del controllo positivo dell'organo giudicante in sede investigativa sull'obbligo di segretezza o ancora per domandare la sola lettura obbligatoria di atti irripetibili.

In tal modo, nel contraddittorio con l'imputato non si sarebbe potuto presumere l'eventuale antecedente completamento delle indagini perché si sarebbe dovuto riaprire in ogni caso lo stadio probatorio anche solo per effettuare la lettura; e ciò senza poter espletare – a fronte dell'ordine del giudice delle prove di riaprire prima lo stadio investigativo e poi quello probatorio – la valutazione preliminare sull'addebito con la connessa emanabilità di un non luogo a procedere per il caso di non necessità di un passaggio allo stadio del confronto dialettico con il prevenuto.

Senonché, siffatto dispositivo tutela l'ignoranza del giudice delle prove circa l'avvenuto completamento degli accertamenti preliminari solo quando eventualmente ci si limiti a chiedere letture in sede di riapertura di uno stadio probatorio e non quando le sole letture per avventura si chiedano dopo la prima apertura della frazione probatoria.

Per salvaguardare l'essenza della monofasicità in quest'ultima eventualità, bisogna necessariamente operare il proposto sdoppiamento dell'azione probatoria ed investigativa nel senso che il giudice delle prove a fronte di esclusive domande di letture possa supporre che il giudice delle indagini, da un lato, abbia disposto l'apertura del contraddittorio con l'imputato per l'ammissione delle letture e, dall'altro, abbia potuto far continuare le indagini segrete.

C'è però da chiedersi perché a fronte di eventuali indagini non completate le parti o *recte* il giudice delle indagini dovrebbe essere indotto ad aprire uno stadio probatorio onde in esso far ammettere solo delle letture.

Ebbene, bisogna in merito muovere dalla considerazione che il contraddittorio probatorio può essere avviato non solo dal pubblico ministero, ma anche dall'accusato e perfino dal giudice delle prove nell'esercizio dei suoi poteri istruttori d'ufficio.

Questi ulteriori soggetti si ipotizza che non abbiano partecipato agli atti inventivi dello stadio investigativo.

Ebbene gli stessi a fronte delle letture tempestivamente effettuate nel corso della frazione probatoria potrebbero essere indotti subito a replicare nel contraddittorio pieno che si svolge solo davanti al giudice decidente, senza accontentarsi dello svolgimento dialettico delle indagini che pure in altra sede si è delineato facendo leva sulla figura del “garante”.<sup>3</sup>

---

3. Sulla figura del “garante” e sui suoi poteri cfr. M. MENNA, *Ragionevole durata ed effettiva dialetticità di un processo penale monofasico*, cit., loc. cit., passim.

Può, quindi, supporre, che il giudice delle indagini, dopo aver dato seguito in prima battuta a delle domande di attività inventiva dei soggetti investiganti disponendo che gli accertamenti conseguenti si svolgano in segreto, a fronte di ulteriori richieste di accertamenti del pubblico ministero, per un verso, stabilisca che le stesse debbano tradursi in atti circondati ancora da segretezza, per altro verso, ordini la parallela apertura dello stadio probatorio per riversarvi subito i risultati delle indagini già svolte sul presupposto che la immediata rivelazione dei medesimi all'imputato non infici il prosieguo delle attività investigative segrete.

Un siffatto dispositivo non consente – come è evidente – al giudice delle prove di immaginare che uno stadio probatorio aperto solo per avanzare nel medesimo richieste di letture debba necessariamente seguire ad una frazione investigativa in cui si siano completati gli accertamenti inventivi.

Rimane salvo così il nucleo valoriale della monofasicità dal momento che dinanzi al giudice delle prove non si sviluppa alcun pregiudizio legato ad una precedente valutazione della regiudicanda di segno negativo per l'accusato.

2. Su un ulteriore versante, è degna di ulteriore sviluppo anche la tematica dell'utilizzabilità dei risultati investigativi nella frazione probatoria che oggi si associa al valore della separazione delle fasi ed al sistema del doppio fascicolo.

Nel sistema attuale, la assenza di conoscenza degli atti di indagine – di tipo tendenziale – serve ad evitare il pregiudizio che nell'organo giudicante si ingenererebbe nel momento in cui lo stesso vada ad effettuare l'attività istruttoria dibattimentale ed a decidere.

Questa dimensione risponde ad un'esigenza di tutela del contraddittorio poietico e, quindi, di terzietà dell'organo giudicante che dal punto di vista dell'organizzazione del processo non deve essere condizionato dalle attività pregresse – almeno tendenzialmente – per non favorire uno dei contendenti a discapito dell'altro.

Questa deve essere la lettura più aggiornata del sistema del doppio fascicolo in sostituzione dell'altra che fa leva sulla tutela esclusiva dell'immediatezza di tipo tradizionale intesa come necessità di tutelare il rapporto tra giudice decidente e fonte di prova solo per favorire l'esigenza della migliore tecnica di ascolto delle fonti di prova da parte dell'organo giudicante senza tener conto delle varie opzioni che il legislatore offre alle parti per argomentare.

In tale seconda ottica, infatti, non si spiegherebbe, tra l'altro, un istituto come quello dell'acquisizione concordata di atti investigativi al fascicolo del dibattimento né si spiegherebbero tutte le varie forme di utilizzo degli atti investigativi legittimate dal consenso delle parti.

Peraltro, il condizionamento negativo che non solo la conoscenza ma anche l'eventuale utilizzo degli atti di indagine determinerebbe sul contraddittorio poietico deriva in ultima battuta dall'assenza di garanzia di attendibilità degli atti unilaterali dovuta al fatto che il contenuto degli stessi più che rispondere ad ottiche di parte – delle quali non si deve diffidare in prospettiva accusatoria, come si dirà anche in appresso, tanto che le stesse naturalmente permangono nel contraddittorio dibattimentale, sebbene inserite nell'incrocio di contrapposte prospettive – potrebbe essere inquinato dall'organo inquirente perché non forgiato secondo le regole di correttezza formale che si impongono nel dibattimento.

Si vuole dire che se si trovasse un sistema per garantire la genuinità degli atti investigativi sotto il profilo della regolarità metodologica dell'acquisizione, in ultima analisi nulla si frapporrebbe alla possibilità di utilizzo dei medesimi nel contraddittorio dell'udienza pubblica perché la ragione ultima del principio di separazione delle fasi sarebbe scongiurata.

La riprova di tutto ciò sta nel fatto che le limitate possibilità di impiego delle indagini in sede probatoria ancora oggi sono ancorate a dispositivi che tendono a garantire la non inquinabilità da parte dell'inquirente – nel perseguimento di una sua ipotesi ricostruttiva - del contenuto dell'accertamento in vista del suo possibile utilizzo successivo.

Si pensi, in proposito, ai meccanismi degli accertamenti a sorpresa ed alle garanzie di assistenza difensiva che salvaguardano la correttezza formale degli atti investigativi e, conseguentemente, anche il non inquinamento dei contenuti delle indagini. Si pensi ulteriormente al dispositivo di cui all'art.512 c.p.p. che ancora all'imprevedibilità delle ragioni della sopravvenuta irripetibilità la possibilità di utilizzo dibattimentale degli atti pregressi e, così, pone una garanzia contro l'inquinamento intenzionale delle indagini in vista del possibile impiego in dibattimento.

Si considerino – nella versione originaria della disciplina delle contestazioni al teste - le evidenti ragioni dell'utilizzabilità probatoria delle contestazioni operate utilizzando affermazioni raccolte nel corso di perquisizioni oppure sul luogo e nell'immediatezza del fatto.

Si tratta, allora, di verificare la possibilità di garantire in modo nuovo le ragioni, da un lato, del divieto di conoscenza tendenziale degli atti di indagine, dall'altro lato, della preclusione all'utilizzo sempre tendenziale delle investigazioni.

In merito, si può verificare se ed a quali condizioni anche in un'ottica di contraddittorio differito si possa salvaguardare la genuinità dell'accertamento investigativo utilizzato in sede probatoria per frapporre siffatta correttezza – e, conseguente attendibilità – alla paura del condizionamento dell'organo giudicante che il divieto di conoscenza degli atti pregressi ritenuti non sicuri tende a garantire.

Il tentativo prescinde dall'esigenza di tutela del contraddittorio che non si pone in discussione e che se l'atto unilaterale immesso nello stesso è formalmente corretto ed in questo senso attendibile - anche se parziale ed emendabile nei suoi risultati mediante il confronto dialettico - non viene svuotato del suo contenuto di garanzia.

Nella prima prospettiva, allora, – quella cioè dell'assicurazione del carattere corretto e, perciò, attendibile, anche se parziale, degli accertamenti e non l'altra della preclusione di conoscenza per il timore della non genuinità dei medesimi - si può sondare l'ipotesi nella quale l'atto investigativo, per la garanzia della sua correttezza formale, si erga anche contestualmente – specie in relazione agli accertamenti dichiarativi – a prima frazione di segno accusatorio di uno svolgimento progressivo, ma unitario dal punto di vista teleologico e di garanzia dei contenuti, dell'acquisizione dell'elemento di conoscenza.

In particolare, si tratta di scommettere in proposito sull'eventualità che in relazione soprattutto alla raccolta di dichiarazioni, quelle acquisite dall'organo inquirente in sede investigativa non differiscano dalle altre che lo stesso soggetto acquisirebbe nel contraddittorio dibattimentale sempre in un'ottica parziale, sebbene con le garanzie di correttezza che offre il contesto dialettico.

Naturalmente a salvaguardia di tale perfetta sovrapposibilità di asserzioni bisogna dotarsi di uno strumentario di controlli e sanzioni che censurino con l'inutilizzabilità la frazione investigativa del procedimento di acquisizione in due tempi della conoscenza che non risponda ai criteri di garanzia di genuinità e correttezza formale dell'acquisizione.

Diverso, invece, - e di ciò si parlerà in seguito - è il discorso relativo all'opportunità di scongiurare il condizionamento che anche solo la conoscenza di un atto inutilizzabile perché compiuto in modo non scorretto - o *recte* di un primo atto di fattispecie a formazione progressiva - determinerebbe nel giudice delle prove. Ebbene, perché soprattutto in tema di accertamento dichiarativo un'acquisizione di dichiarazioni in sede investigativa corrisponda alla prima frazione di un esame del dichiarante effettuato dal pubblico ministero in sede probatoria, bisogna dal punto di vista formale garantire l'osservanza delle stesse regole metodologiche che sovrintendono all'esame effettuato dall'organo d'accusa in udienza pubblica. Così, per esempio, bisognerà imporre il rispetto delle regole di cui all'odierno art.499 c.p.p.

Inoltre, dal punto di vista teleologico, può darsi che la possibile diversità della configurazione dell'addebito di riferimento per l'accertamento induca nel soggetto che ponga le domande il perseguimento di uno scopo accertativo diverso a seconda del momento in cui i quesiti si pongano. Oltre a ciò, in un sistema ad azione concreta, il fine istituzionale dell'esercizio di quest'ultima può diventare prevalente rispetto alla necessità di argomentare in vista del successivo esercizio del diritto alla prova nel contraddittorio con l'accusato e dell'esigenza di considerare le obiezioni della controparte.

Senonché, la delineata eventualità non toglie genuinità alla frazione accertativa che si svolga in ipotesi a fronte di un addebito preliminare e per recuperare la sostanza del risultato dell'indagine effettuata in ordine ad uno scopo conoscitivo diverso da quello da perseguire nel contraddittorio con l'accusato è sufficiente che l'organo investigante espliciti - nel momento in cui ponga i suoi quesiti - il fine della sua azione investigativa e che di ciò si tenga conto successivamente quando in seconda battuta si proceda in ipotesi ad escutere nuovamente la fonte di prova dichiarativa.

Nonostante la differenza teleologica del comportamento investigativo si vuole dire che se il momento iniziale di escussione della fonte da parte dell'organo inquirente avviene come avverrebbe in dibattimento, l'elemento conoscitivo che in tal modo filtra nel contraddittorio non ne sconvolge il contenuto di garanzia.

Il problema, allora, diventa il "controllo" della correttezza di tale frazione preliminare di raccolta di dati dal mondo esterno per fare in modo che la stessa si inserisca in una fattispecie a formazione progressiva in cui, tenendo conto delle finalità iniziali esplicitate in chi assuma l'atto preliminare, si possa donare all'accertamento complessivo una compiutezza ed una identità teleologica finale anche quando inizialmente l'organo inquirente avesse perseguito scopi diversi da quelli riconducibili ad una maturazione successiva della forma dell'addebito e ad un'azione anch'essa successiva di più concreta contrapposizione contenutistica della controparte. Ebbene, il sistema di controllo se non può ancorarsi oggi - dato il contesto di assenza di dialetticità - ad interventi contestuali di un contraddittore e di un giudice, potrebbe in futuro, però, vincolarsi ad un sindacato successivo da parte di questi stessi soggetti se si desse ai medesimi la possibilità di rivivere *ex post* - e non solo, quindi, mediante la lettura dei protocolli - l'azione preliminare compiuta.

Ciò potrebbe accadere se si videoregistrasse la preliminare escussione della fonte di prova – nel cui ambito, per quanto detto, l'inquirente esplicitasse anche la sua finalità accertativa, volta solo all'esercizio dell'azione concreta o anche all'argomentazione di una tesi ricostruttiva in contrapposizione ad immaginate alternative ricostruttive – in modo che si potesse sindacare compiutamente *ex post* la correttezza dell'accertamento nella stessa maniera in cui si potesse effettuare il vaglio quando si fosse presenti al suo espletamento così da garantire il rispetto delle stesse regole che una successiva acquisizione in contraddittorio incontrerebbe.

E' chiaro, d'altra parte, che in caso di inosservanza dei criteri imposti di acquisizione dovrebbe operare la sanzione dell'inutilizzabilità probatoria.

Nel caso di accertamento dichiarativo, l'acquisizione in due tempi, pur se costituente svolgimento progressivo di un'unica fattispecie accertativa, non dovrebbe essere disgiunta dalla possibilità di utilizzare l'atto acquisitivo preliminare per le contestazioni al dichiarante.

E' chiaro, però, che se fosse garantita la correttezza formale e, quindi, l'attendibilità del primo momento di escussione, si potrebbero impiegare le dichiarazioni preliminari come prova e non solo ai fini della verifica di credibilità della fonte di prova dichiarativa; il che del resto già è accaduto ed accade nel nostro ordinamento appunto in coincidenza con la predisposizione di dispositivi di garanzia di correttezza dell'acquisizione come la presenza del difensore nelle contestazioni all'imputato o la non inquinabilità della raccolta delle dichiarazioni quando, secondo la vecchia disciplina delle contestazioni al teste, le asserzioni di quest'ultimo erano assunte nel corso di perquisizioni oppure sul luogo e nell'immediatezza del fatto.

Il sistema proposto potrebbe estendersi anche agli accertamenti di natura diversa da quelli dichiarativi anche se, a differenza di questi ultimi, il soggetto che concretamente acquisisce le res nel contraddittorio con l'imputato è il giudice e non la parte.

In proposito, va sottolineato che nell'attuale regime, se è vero che le parti sono chiamate a formare il dato semantico in ordine alle dichiarazioni, ciò vuol dire che non è la partecipazione del contendente alla formazione dell'elemento conoscitivo che impedisce l'impiego degli accertamenti unilaterali come prove, ma il possibile inquinamento del risultato gnoseologico che la cultura della parte può recare con sé.

Se, poi, nel contraddittorio dibattimentale l'argomento da dimostrare attraverso l'acquisizione è posto dalla parte, ciò vuol dire che le acquisizioni che avvengono materialmente ad opera del giudice sono rimesse a quest'ultimo soggetto solo per assicurare la correttezza formale e, quindi, l'attendibilità dell'operazione e non certo per sostituire la proposta valutativa di parte che alla formazione della prova deve accompagnarsi in senso positivo o negativo, quando l'acquisizione è frutto di un'istanza di prova.

Ne consegue che si può lasciare anche al contendente nel contraddittorio probatorio la materiale acquisizione dell'elemento di prova se a ciò si accompagna un dispositivo di garanzia della correttezza formale e, quindi, del non inquinamento e dell'attendibilità del risultato conoscitivo.

Se ciò avvenisse, allora, non desterebbe alcun problema – nell’ambito di una formazione progressiva della fattispecie conoscitiva (sia pure chiamata nella sua frazione preliminare ad ottemperare a finalità cognitive che non siano quelle definitive) – il fatto che anche in relazione agli accertamenti diversi da quelli dichiarativi, con le garanzie di controllo della correttezza formale e, quindi, della genuinità del risultato gnoseologico a cui si è accennato, il procedimento di formazione progressiva della conoscenza fosse dal punto di vista dell’acquisizione materiale totalmente rimesso alle parti nelle ipotesi diverse dall’ammissione probatoria d’ufficio.

Quest’ultima naturalmente deve appartenere al contesto del contraddittorio contestuale, tranne i casi in cui il soggetto giudicante muti.

Al contrario, per quanto si è detto, alle condizioni richiamate, le acquisizioni volute dalle parti possono appartenere anche al contraddittorio differito agganciato ad una formazione progressiva della conoscenza del tipo descritto. A siffatto sistema potrebbero muoversi alcune obiezioni.

La prima potrebbe essere quella secondo cui nella elaborazione in due tempi della conoscenza utile a decidere, disancorando la frazione preliminare dell’acquisizione dal controllo contestuale degli altri soggetti processuali e rimettendo la valutazione della sua utilizzabilità solo ad un controllo *ex post*, andrebbe perso molto materiale conoscitivo per l’impossibilità di porre rimedio immediatamente alle scorrettezze del contendente che formi il dato semantico.

Ebbene, a siffatto rilievo si risponde sottolineando che la formazione progressiva della conoscenza probatoria è una situazione aggiuntiva ma non alternativa a quella della prova che si forma nel contraddittorio contestuale.

In altri termini, fermo rimanendo che la prova utile può rimanere anche solo quella della frazione acquisitiva del confronto dialettico realizzato in unità di contesto, a siffatto momento può aggiungersi la possibilità di impiego ulteriore della prima frazione di acquisizione dell’elemento conoscitivo che tale può considerarsi alle condizioni sottolineate e con la garanzia del controllo *ex post* che debba assicurarsi necessariamente.

Altra possibile obiezione in relazione alla prova dichiarativa potrebbe essere quella secondo cui senza la contrapposizione immediata di una controparte o la richiesta di chiarimento di un giudice, la fonte di prova non potrebbe facilmente organizzare le idee per rispondere subito ai sospetti di contraddittorietà o lacunosità delle sue dichiarazioni.

In altri termini, si potrebbe sostenere che a distanza di tempo sarebbe più difficile per il dichiarante chiarire prima di tutto a se stesso le ragioni di eventuali incoerenze che potessero emergere talvolta involontariamente dalle sue asserzioni.

Senonché, questo modo di argomentare si scontra con il sistema anche attuale che non diffida del metodo per cui il dichiarante possa essere chiamato a riferire nuovamente su un episodio di vita a distanza di tempo e per il quale dalla incapacità del deponente di chiarire eventuali contraddizioni possa trarsi argomento per non credere a quanto affermato dal medesimo.

In proposito, certo, si potrebbe sostenere che almeno oggi il sistema è tale per cui non è possibile porre sullo stesso piano le due dichiarazioni contraddittorie rese in tempi ed in contesti diversi.

A ciò, nondimeno, si può replicare affermando che pur non essendo costretto il giudice a confrontarsi nello stesso modo con le due distinte asserzioni ipotizzate, il sistema attuale non aiuta la ricerca della verità ma si limita solamente a scongiurare l'impiego di una dichiarazione che potrebbe essere in contrasto con l'altra in quanto inquinata dall'inquirente.

Tant'è vero che se a seguito di contestazione il dichiarante non riesca a chiarire e superare le contraddizioni, il giudice non dovrebbe per ciò solo credere a quanto riferito in contraddittorio ma potrebbe prendere atto del non superamento del dubbio ritenendo il dichiarante non credibile.

In tal modo ci si garantisce contro l'eventuale inquinamento del contenuto accertativo, ma non potendo disporre di una dichiarazione pregressa che palesi un sicuro carattere di genuinità ed a cui, quindi, si possa attribuire valore probatorio, la cognizione rimane indiscutibilmente monca.

Anzi, per dare un senso al meccanismo delle contestazioni, nel caso prospettato da ultimo, e, cioè, in quello in cui il deponente non riesca a chiarire il perché delle sue contraddizioni, non potendo motivare sulle ragioni che lo conducessero a credere alla versione dibattimentale – a parte il caso in cui altre risultanze dibattimentale rafforzassero la convinzione secondo cui fosse vera l'asserzione resa in contraddittorio -, il giudicante dovrebbe ritenere persistente il dubbio sulla circostanza oggetto del contrasto di dichiarazioni senza credere immotivatamente al contenuto della deposizione dibattimentale.

Al contrario, nel sistema proposto, l'eventuale contrasto si porrebbe tra due dichiarazioni che avrebbero entrambe il crisma di accertamenti acquisiti correttamente per cui esse darebbero vita alla stessa contraddizione che potrebbe realizzarsi tra due risultati probatori assunti nel contraddittorio con l'imputato.

Ed allora, all'obiezione secondo cui sarebbe più difficile per la fonte di prova consentire il superamento del dubbio sulla circostanza oggetto di contraddizione si può rispondere che anche oggi questa stessa difficoltà produce – per quanto riferito – il non superamento del dubbio sullo stesso fatto ed, anzi, può ritenersi doveroso rispettare e non tentare di superare immotivatamente siffatta condizione di incertezza a fronte del peso che legittimamente è chiamato ad esercitare un elemento di conoscenza acquisito correttamente in un momento più vicino all'episodio addebitato.

Si può, poi, arrivare a dire che, spogliato del sospetto dell'inquinamento da parte dell'inquirente, l'elemento conoscitivo ipotizzato è addirittura da ritenersi più attendibile rispetto a quello raccolto successivamente perché acquisito temporalmente più a ridosso dell'avvenimento addebitato.

Ulteriore possibile obiezione al sistema proposto è riconducibile alla situazione per cui anche la sola conoscibilità da parte del giudice delle prove della prima frazione del procedimento conoscitivo ideato potrebbe condizionare negativamente l'organo deputato a decidere quando quel primo segmento non fosse espletato nel rispetto delle regole che ne garantiscano la correttezza formale e, quindi, l'attendibilità; e ciò al contrario di quanto avviene oggi tendenzialmente con il sistema del doppio fascicolo.

Ebbene, a siffatta eventualità potrebbe porsi rimedio se si introducesse un controllo dell'utilizzabilità dell'atto preliminare da parte di un organo distinto da quello che poi dovesse tenerne conto come prova ai fini della decisione.

Questa garanzia potrebbe essere facilmente introdotta se nell'attuale sistema si affidasse al giudice dell'udienza preliminare, oppure - nel rito monocratico - al giudice per le indagini preliminari, o ancora, in un impianto monobasico, al pur sempre operante organo giudicante in sede investigativa, il potere di sindacare se gli atti preliminari si fossero svolti in modo formalmente corretto in modo da stabilirne l'utilizzabilità e la conoscibilità da parte del giudice delle prove.

E' evidente, in definitiva, che una videoregistrazione di tutti gli atti preliminari compiuti dagli inquirenti esplicitando le finalità accertative perseguite, accompagnata ad un controllo preventivo - da parte di un organo giudicante diverso da quello del contraddittorio probatorio - della possibilità che il giudice delle prove li utilizzi e li conosca, - controllo operato visionando le videoregistrazioni -, permetterebbe di introdurre un sistema accertativo fondato su un contraddittorio differito in cui la qualità della cognizione ed il tasso di garanzia del confronto dialettico con l'imputato non diminuisca, permettendo al contempo di non disperdere prezioso materiale conoscitivo raccolto in sede preliminare.

# L'inutilizzabilità. Il perimetro della partita processuale: orizzonti o limiti? Riflessioni a bordo campo.

NICOLA RUSSO

## ABSTRACT

*The choice of legislature not to dictate for the uselessness's category a typological discipline as it is, instead, the one provided for nullity should probably be understood as aimed to permit the prudent balance of the court to measure the inference of the defect in the concrete case. In the article the issues of the connotation of the hypotheses of special uselessness are faced, then, in theme of particular declaratory, interceptive and scientific tests.*

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. Prova dichiarativa. – 3. Prova intercettiva. – 4. Prova scientifica.

1. Una “sensazione di smarrimento” mi pervade quando cerco di affrontare il tema dell'inutilizzabilità: come sistematizzare un concetto solo enunciato ma non definito nei suoi confini nel codice di rito?

Infatti a chi volesse porre attenzione al dibattito tra dottrina e giurisprudenza sul tema dell'inutilizzabilità non sfuggirebbe che il terreno di confronto è ancora una “partita aperta” ed è sostanzialmente rappresentato dalla crisi di tassatività che sembra rendere evanescenti la nozione e gli effetti dell'inutilizzabilità. La difficile realizzazione di quest'actio finium regundorum processuale vede divaricarsi, infatti, le posizioni degli interpreti sul campo, tra la "squadra" della dottrina, che tende a privilegiare un approccio di tipo formale e per categorie astratte, e quella della giurisprudenza, orientata per lo più a calare la valutazione sul caso concreto.

Corollario di questo confronto è, infine, la misura dell'integrazione tra diritto positivo e diritto vivente e, quindi, in un'ultima analisi il ruolo del giudice. Una nota di tipo culturale sento il dovere di premetterla alle altre osservazioni. Dico l'ovvio, ma talvolta è proprio l'ovvio ciò che più facilmente si contesta.

Il compito del giudice è di applicare la legge. Nessuna opera applicativa, però, può svolgersi senza interpretazione. La stessa riconoscibilità nel particolare della situazione disciplinata in astratto dalla legge è opera ermeneutica.

In definitiva, pure il brocardo *in claris non fit interpretatio* non può prescindere da questo dato.

Se questo può dirsi condiviso, rimane da comprendere se ed entro quali limiti la diffidenza della dottrina nelle capacità ricognitive della categoria dell'inutilizzabilità da parte del giudice sia giustificata. Un altro spunto di riflessione è opportuno – a mio avviso – offrirlo. Il legislatore del rito penale ha dedicato nove articoli alla disciplina delle nullità ed uno soltanto a quella dell'inutilizzabilità.

La stratificazione normativa di cui è stata oggetto il codice di procedura penale non ha toccato affatto né l'una né l'altra patologia. Eppure occasioni d'intervento ce ne sono state. Si sono introdotte previsioni specifiche di nullità o d'inutilizzabilità, ma nulla s'è detto sulla disciplina generale, rimasta immutata fin dalla stesura originaria.

Ancora. È casuale che l'articolato sulla nullità si apra con il richiamo al criterio della tassatività (art. 177 c.p.p.), mentre esso non sia evocato nella disposizione dell'art. 191 c.p.p.?

La stessa prospettiva della tassatività nella previsione codicistica delle nullità è opposta a quella che la dottrina invoca per l'inutilizzabilità. È causa di nullità solo il vizio che viene considerato idoneo a tale fine dalla legge. Eppure la prova acquisita in violazione di un divieto stabilito dalla legge non è meno insidiosa per la decisione dell'atto nullo.

L'inutilizzabilità rappresenta, infatti, almeno nella funzione descritta dal codice di procedura, l'effetto sostanziale della violazione delle norme sulla legalità del rito penale.

Come spesso si usa dire è, al tempo stesso, sanzione ed effetto. L'atto inutilizzabile è quello cui non può riconoscersi alcuna valenza dimostrativa. Esso dice ma non prova.

Il problema è come evitare la seduzione di ciò che dice. Su questo versante va dato atto che il maggior contributo alla ricerca di possibili soluzioni è stato offerto dalla dottrina. Ultimo argomento a sostegno della tesi introduttiva è rappresentato dal raffronto comparativistico.

La stessa dottrina<sup>1</sup> riconosce che in molti altri ordinamenti di common come di *civil law* (Germania, Spagna, Inghilterra e Stati Uniti) in cui esistono figure omologabili all'inutilizzabilità, la possibilità di superare il vizio giungendo ad utilizzare prove comunque acquisite in violazione di divieti è riconosciuta proprio affidando al giudice il compito di operare un bilanciamento tra rango del diritto leso, utilità probatoria del dato, comportamento del titolare del diritto e funzione della disposizione violata. Quel che non convince è che la stessa dottrina faccia conseguire a questo rilievo solo l'osservazione che si tratta – quindi - di un'esigenza avvertita ovunque, mentre sarebbe stato forse più coerente riconoscere che altrove v'è un atteggiamento culturale di maggior fiducia nelle capacità del giudice di essere protagonista di questa opera di bilanciamento e, al tempo stesso, riflettere se l'esperienza straniera possa fornire una possibile chiave di lettura delle scelte anche del legislatore nostrano. Altro è discutere sull'individuazione di opportuni criteri orientativi dell'operazione di bilanciamento e sulla necessità di precisare, alla luce dei nuovi orizzonti di contenuto, la funzione della sanzione dell'inutilizzabilità, se si tratti cioè di una categoria posta a presidio di una corretta "selezione probatoria" od anche a tutela di diritti fondamentali.

Le scelte legislative anche recenti di ricorso allo "spauracchio" dell'inutilizzabilità per prevenire la tentazione di ricavare un dato probatorio a costo della lesione di un diritto fondamentale anche relativo a soggetti non coinvolti nel processo, sicuramente creano difficoltà di non poco momento per la delimitazione della funzione della sanzione. Il riferimento è alla tematica dei prelievi coattivi di campioni biologici (art. 224bis e 359bis c.p.p.) di cui più innanzi si dirà. A mio modesto avviso, il perimetro dell'inutilizzabilità dovrebbe essere circoscritto a tutte quelle violazioni che, essendo il precipitato di lesioni di diritti processuali costituzionalmente garantiti o di regole di acquisizione della prova, finiscono per far ritenere non meritevole di divenire fonte del convincimento decisorio il dato probatorio in tal modo formato.

---

1. C. CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cassazione Penale*, fasc. 4, 2008, pag. 1651B.

Per la tutela di quei beni giuridici di rilevanza costituzionale (o comunque oggetto di protezione specifica per scelta del legislatore) estranei all'interesse probatorio od alla posizione delle parti nel processo sarebbe forse più opportuno far ricorso alla categoria della nullità assoluta, allo stato più idonea – in ragione della sua strutturata disciplina – ad evitare la compromissione degli stessi e più impermeabile anche al rischio di fraintendimenti interpretativi da parte della giurisprudenza.

In un tale sistema, il principio del libero convincimento assurge esso stesso manifestazione di tutela della legalità sul versante probatorio, se si traduce<sup>2</sup> nel rifiuto di prove ad esito prestabilito ed in una valutazione fondata solo su prove legittimamente acquisite (art. 526 comma 1 c.p.p.).

Su questo versante si pone anche il confronto, segnalato da interessanti studi<sup>3</sup>, del problematico discrimen tra nullità ed inutilizzabilità, ove «la giurisprudenza oggi continua a sovrapporre nullità ed inutilizzabilità, eliminandone gli indici differenziali e le strutture identificative, sulla opinabile simmetria tra prova invalidamente ammessa, riconducibile alla previsione generale di cui all'art. 191 c.p.p. e prova invalidamente assunta, sottoposta al regime della nullità di cui all'art. 177 c.p.p.».

Non sfugge a chi vi parla che la dottrina pone criteri di distinzione tra inutilizzabilità e nullità fondati su piani ben diversi da quello che personalmente si è proposto.

Sul punto attenda Dottrina<sup>4</sup>, cui si deve il merito di aver segnato il percorso per l'individuazione di divieti probatori collocati nella fase di assunzione del procedimento probatorio, la cui violazione comporta l'inutilizzabilità generale o speciale, ha evidenziato che «gli equivoci sulla presunta promiscuità fra le due sanzioni non possono fondare sull'esame di quelle norme che pur lessicalmente formulate in chiave di divieto, contengono un'esplicita previsione di nullità: in questi casi la riconduzione del vizio alla sanzione più mite è motivata dalla natura dell'imperfezione medesima, afferente alla fase di assunzione dell'atto».

Accanto a questa posizione, v'è<sup>5</sup> chi perviene ad un ulteriore distinguo tra le due figure separando ancora di più gli ambiti sanzionatori: è inutilizzabile la prova non solo costituita in violazione di un divieto probatorio che sottintende un difetto di potere, ma anche quella formata in violazione di norme relative alle modalità di acquisizione; relegando in questo modo la nullità nei confini sanzionatori del vizio afferente all'assenza di un presupposto o di un requisito dell'atto.

Posta quest'ampia premessa di analisi della struttura (terminata la fase di riscaldamento, potremmo dire con gergo calcistico) è il momento di entrare nel "campo" più strettamente segnato dall'argomento prescelto.

---

2. Sull'argomento si legga C. IASEVOLI., *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova 2008

3. C. IASEVOLI., *La nullità op. cit.*, p.

4. N. GALANTINI., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in Riv. it. dir. e proc. Pen. 2012, 01, 64

5. G. RICCIO, *Il processo penale tra nuove emergenze e politica della riforma*, in *Quaderni di Scienze penalistiche*, 2008, pag. 5 e ss.

2. Un interessante sviluppo della vicenda relativa alla portata della causa d'inutilizzabilità speciale prevista dall'art. 141bis c.p.p. è rappresentato dal quesito sulla sua estensibilità alla situazione concernente il mancato deposito da parte del Pubblico Ministero degli estratti dei files audio e/o video contenenti le dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia unitamente ai verbali cartacei riproducenti il contenuto delle stesse.

Come è noto v'è stata in passato ampia discussione, all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità, sulla portata invalidante della sanzione d'inutilizzabilità della mancata effettuazione nelle forme composite descritte dall'art. 141bis c.p.p. dell'interrogatorio dell'indagato ristretto in custodia cautelare in carcere.

Sul punto sono intervenute per ben due volte, nel 1998 e nel 2009, le Sezioni Unite della Cassazione per statuire la portata *erga omnes* dell'inutilizzabilità.

L'art. 16quater comma 3 della L. 15/3/91 n. 82 stabilisce che il verbale illustrativo della collaborazione vada redatto secondo le modalità previste dall'art. 141bis del codice di procedura penale.

Nel caso dell'interrogatorio di soggetto detenuto (di cui parla l'art. 141bis c.p.p.), l'inquirente (ma la disposizione vale anche per l'autorità giudiziaria) partecipa alla formazione dell'atto e la funzione della video/audio registrazione è quella «di prevenire eventuali indebite pressioni da parte dell'interrogante su chi, per il solo fatto di essere ristretto nella sua libertà personale, si trova in uno stato di vulnerabilità psicologica».

Data la portata *erga omnes* dell'effetto invalidante, anche se si tratti di dichiarazioni concernenti responsabilità di terze persone, si è voluto riconoscere questa particolare garanzia della legalità del procedimento. Tuttavia la suddetta sanzione si esprime solo con riguardo alla situazione esaminata nella norma de qua (cioè quella dell'interrogatorio di persona in stato di detenzione).

In una recente ordinanza pronunciata dalla terza sezione della Corte di Assise di Napoli si è ritenuto che il richiamo all'art. 141bis c.p.p. operato dall'art. 16 quater comma 3 della L. n. 82/91 non sia estensivo (in assenza delle medesime condizioni) della sanzione suddetta alle dichiarazioni del collaboratore di giustizia rese in occasione della formazione del verbale illustrativo ove non documentate anche in audio od in video. Infatti, la disposizione in commento fa un richiamo non alla sanzione (che sarebbe stato doveroso in ragione della tassatività delle patologie degli atti) bensì solo alle modalità documentative descritte nell'art. 141bis c.p.p.

Infatti, il limite di utilizzabilità fissato dal comma 6 dell'art. 16quater è ricollegato ai commi 1 e 4 (cioè ai fatti storici espressi dal collaboratore) e non anche alle forme documentative di cui al comma 3.

Né può ritenersi, in questo caso, applicabile il richiamo ai divieti imposti dalla legge di cui all'art. 191 c.p.p., in quanto la disposizione dell'art. 16quater comma 3 non è strutturata come norma di divieto bensì si limita ad impartire una prescrizione di metodo. In definitiva, secondo l'opinione espressa nella menzionata occasione, non può concepirsi un'inutilizzabilità implicita "per rinvio", non contemplata dal sistema. Si ricorda, però, che il Pubblico Ministero (come anche ogni altro soggetto pubblico del processo) è tenuto all'osservanza delle norme di rito anche quando la violazione non è colpita da nullità o altra sanzione processuale (art. 124 c.p.p.). Si ribadisce, infine, che si tratta di una forma composta di documentazione.

A questo duplice requisito sostanziale, quindi, occorre fare riferimento quando si provveda agli adempimenti descritti nella parte finale del primo periodo del comma 3 dell'art. 16<sup>quater</sup>.

Ivi, infatti, si dispone che il verbale “redatto secondo le modalità previste dall'art. 141bis del codice procedura penale...è inserito, per intero, in apposito fascicolo tenuto dal procuratore della Repubblica cui le dichiarazioni sono state rese e, per estratto, nel fascicolo previsto dall'articolo 416, comma 2, del codice di procedura penale relativo al procedimento cui le dichiarazioni rispettivamente e direttamente si riferiscono”.

Orbene, è evidente che la natura composita della documentazione debba “trasmettersi” anche alla sua allegazione per estratto al fascicolo di cui all'art. 416 c.p.p., non essendo argomentabile che – in tale riproduzione sintetica – si possa scindere la componente cartacea da quella audio o video.

3. Altra questione interessante<sup>6</sup> è quella concernente il caso dell'acquisizione occulta d'informazioni tramite l'inserimento, nel computer di un soggetto, di un *worm* o *trojan horse* attraverso il quale è possibile attivare l'intercettazione delle comunicazioni telematiche in corso effettuate tramite skype od in chat, l'intercettazione ambientale utilizzando l'eventuale microfono e webcam del dispositivo, l'acquisizione dei files e dei messaggi di posta elettronica residenti nel computer.

È di tutta evidenza che situazioni di tal fatta, che sono state oggetto di specifici provvedimenti da parte dell'autorità giudiziaria partenopea investono un coacervo di situazioni e coinvolgono -sotto diversi profili- diritti dichiarati dalla Costituzione come inviolabili e sottoposti, come è noto, ad un doppio grado di garanzie (normativa e giudiziaria).

La questione evoca almeno due temi oggetto di approfondimento in dottrina: quello della prova incostituzionale e quello del principio di non sostituibilità (per quanto attiene al ricorso a prove atipiche, art. 189 c.p.p.).

Collegato ad esso v'è l'ulteriore quesito della incidenza, sulla questione, del principio di diritto fissato dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 28997 del 19/4/2012<sup>7</sup>, con cui si è statuito che la corrispondenza non può essere fatta oggetto d'intercettazione bensì solo di sequestro nelle forme di cui all'art. 254 c.p.p., postulando la nozione di "corrispondenza" un'attività di spedizione in corso, mentre quando la lettera o il piego sono state già recapitate al destinatario, è effettuabile il sequestro secondo la regola generale dell'art. 253 c.p.p. (quando non si tratti di comunicazioni di rilievo difensivo ex art. 103 c.p.p.) e fatte salve le limitazioni imposte alla P.G. in materia di plichi sigillati o altrimenti chiusi (art. 353 co. 1 c.p.p.).

Nella sentenza vi è un *obiter dictum* sub specie di passaggio argomentativo in tema di captazione della corrispondenza telematica, per la quale vi sarebbe, secondo la Corte, l'ombrello protettivo dell'art. 266bis c.p.p.

---

6. Cass. pen., Sez V, 14 Ottobre 2009 n. 16556

7. Cass. sez. un. 19 Aprile 2012, n. 28997 “la sottoposizione a controllo e la utilizzazione probatoria della corrispondenza epistolare non è soggetta alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, dovendosi invece seguire le forme del sequestro di corrispondenza di cui agli artt. 254 e 353 cod. proc. pen. e, nel caso di corrispondenza di detenuti, anche le particolari formalità stabilite dall'art. 18 ter ord.pen.”.

4. Come si è anticipato, in materia di prelievi coattivi di campioni biologici (art. 224bis e 359bis c.p.p.) il Legislatore ha condensato nelle due disposizioni un regime articolato (e non perfettamente coordinato) di previsioni sul *quod* e sul *quomodo*<sup>8</sup> dell'accertamento probatorio rivestito da previsioni di nullità e/o di inutilizzabilità generali o speciali.

Sul punto, secondo un'attenta opinione dottrina (Tonini) la nullità speciale prevista dall'art. 224-bis rispetto al contenuto dell'ordinanza ha un regime differenziato a seconda della sfera soggettiva in cui ricade. Se riguarda la partecipazione del difensore, si tratta di nullità assoluta (ex art. 179 c.p.p.), se concerne la partecipazione della persona offesa o di altra parte privata è una nullità a regime intermedio.

Al riguardo mi pare opportuno segnalare, quale argomento a sostegno della tesi da me prospettata, la particolare previsione dell'art. 224bis comma 7 in cui si fa ricorso alla sanzione della nullità per il caso di mancata presenza all'atto del difensore nominato dalla persona sottoposta al prelievo od agli accertamenti.

Nel caso in cui il periziando sia persona diversa dall'indagato, la presenza del suo difensore non può avere altra funzione che quella di tutela tecnica avverso il pericolo di lesione dei diritti personali extraprocessuali considerati dalla norma.

Quindi, salvo a volerlo considerare un errore del legislatore, la sanzione della nullità assoluta risulta già utilizzata nel sistema processuale per la difesa di diritti costituzionali.

Riprendendo l'esame del catalogo delle patologie richiamate dalle due disposizioni in commento, va osservato che la nullità concernente il contenuto dell'ordinanza è a regime intermedio. Detto vizio è previsto anche per l'analoga carenza concernente l'ordinanza od il decreto di cui all'art. 359bis c.p.p.

Accanto al vizio della nullità si pone il problema dell'effetto sanzionatorio dell'inutilizzabilità. Esso ricorre in tutti i casi in cui la perizia, o l'accertamento tecnico ex art. 359 bis siano stati effettuati fuori dei casi consentiti dalla legge od in assenza delle condizioni legittimanti. Lo stesso dicasi per i casi in cui le modalità esecutive siano state lesive della dignità od abbiano procurato una sofferenza di non lieve entità. Il mancato rispetto delle disposizioni in tema di accompagnamento coattivo previsto dall'art. 359bis rende inutilizzabili le informazioni acquisite. Non può non cogliersi come in queste due disposizioni commentate si racchiudano tutte le cause (se non le ragioni) delle incertezze giurisprudenziali. Si prevedono nullità speciali (art. 224bis commi 2 e 7 c.p.p. e per rinvio art. 359bis comma 3 c.p.p.), si evocano nullità di ordine generale (art. 224bis comma 3) ipotesi d'inutilizzabilità speciale (sempre per rinvio agli artt. 132 comma 2 ed all'art. 224bis commi 2, 4 e 5 operato dall'art. 359bis comma 3 c.p.p.) ipotesi d'inutilizzabilità generale (art. 224bis commi 4 e 5, cioè negli stessi casi in cui opera l'inutilizzabilità speciale fissata nell'art. 359bis c.p.p. e comma 6 per rinvio all'art. 132 comma 2 c.p.p.). In un sistema processuale caratterizzato da tale confusione sistematica forse non resta che affidarsi davvero, come altrove si fa, all'opera interpretativa del giudice.

---

8. Una disciplina normativa sul metodo dell'acquisizione della prova scientifica è anche quella concernente l'estrazione di dati informatici o la copia di memorie informatiche

## A volte ritornano: l'eterno dibattito sulla acquisibilità del “precedente” ex art. 500 c.p.p.

MARIO GRIFFO

### ABSTRACT

*In a recent case of July 2014 (n. 31, Jannatov v. Azerbaijan), the European Court of Human Rights has again been interested in question of assessment of the “retraction”, made at the trial hearing, of the incriminating statements made during the investigation. This is a certainly a delicate subject for the Italian procedural system, as it affects not only the assessment about the merit of the indictment, but also considerations on “recovery operations”, during the trial, of statements made during the investigation. In this direction, a judgment of third section of Supreme Court (dated 28 May 2014) attaches topical relevance to the question of impeachment of witnesses, rule of 500 c.p.p., and, particularly, to the mandatory exceptions to the rule of evidence production in an adversarial system.*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le eccezioni alla generale regola di esclusione di cui al comma 2 dell'art. 500 c.p.p. – 3. Il procedimento accertativo. – 4. Gli elementi indicativi della condotta illecita.

1. Con una importante decisione della terza sezione penale della Suprema Corte - del 28 maggio 2014 - si pongono, ancora una volta, al centro del dibattito giurisprudenziale le implicazioni sistematiche connesse alla esegesi del disposto di cui al comma 4 dell'art. 500 c.p.p.

Il caso concreto aveva ad oggetto la possibile acquisizione, a fronte della intervenuta ritrattazione nel corso dell'incidente probatorio, delle dichiarazioni rese da soggetto minore - vittima di “abusi sessuali” - in sede di indagini preliminari.

Il Supremo consesso nomofilattico, puntualizzando che nei procedimenti relativi ai reati di violenza sessuale anche il riavvicinamento o la riappacificazione della persona offesa e dell'imputato possono costituire un “elemento concreto” idoneo ai sensi dell'art. 500, comma 4, c.p.p. ad incidere sulla genuinità della deposizione, ha rimarcato che “le dichiarazioni della minore/persona offesa potevano essere acquisite in quanto nel corso dell'incidente probatorio è emerso che la stessa viveva in un clima violento e che aveva più volte manifestato paura di rendere dichiarazioni accusatorie”. Specificamente, nel corso dell'incidente probatorio, si era palesato “un clima tale da incidere senz'altro sulla ragazzina e portarla per timore a ritrattare le accuse nei confronti dell'imputato”.

La premessa impone l'approfondimento delle peculiari ipotesi di trasmigrazione di atti di indagine al fascicolo del dibattimento introdotte dalla legge n. 63 del 2001.

L'elemento di novità ricavabile dalla “ultima” formulazione dell'art. 500 c.p.p., che segna una vistosa frattura rispetto alla disciplina previgente, si connette al regime della dichiarazione difforme contestata al dichiarante (il c.d. “precedente difforme”).

Infatti, alla luce della previsione dell'art. 500 c.p.p. anteriore alla novella del 2001, a seguito della contestazione della dichiarazione “difforme”, precedentemente resa, la stessa poteva essere acquisita al fascicolo del dibattimento ed assumere valore probatorio, realizzando, quindi, le esigenze non dispersive.

Il nuovo art. 500, comma 2, c.p.p. (così come disciplinato dalla l. n. 63 del 2001), stabilisce, invece, che “le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del teste”. A differenza di quanto previsto dal previgente art. 500, comma 4, c.p.p., si tratterebbe, dunque, di “lettura-contestazione” senza acquisizione: permanendo il contrasto, le dichiarazioni lette non possono costituire prova dei fatti in esse affermati — e dunque non sono impiegabili a fini decisori<sup>1</sup> — ma solo servire in chiave critica per valutare la credibilità del teste.

Insomma, l'eventuale lettura a scopo di contestazione ha esclusivamente la funzione di «ferire»<sup>2</sup> l'attendibilità del dichiarante, con palese estraneità a logiche non dispersive.

L'abbrivio induce a focalizzare l'attenzione sui connotati propri delle letture dibattimentali e sulla loro vocazione probatoria; esse certamente integrano un congegno processuale asservito all'esplicazione più completa della dinamica fattuale ed, in definitiva, “strumentale alla ricerca della verità”<sup>3</sup>.

Le disposizioni dedicate alle letture dibattimentali, invero, tendono a confermarsi nella relativa configurazione di vettore endoprocessuale di atti privi di natura probante, poiché soltanto mediante il ricorso a simili congegni è possibile recuperare gli esiti di attività compiute ante iudicium e, soprattutto, riconoscere loro la qualità di «prova dibattimentale».

Affinché ciò si verifichi appare essenziale l'espletamento di una “attività giudiziale” ad hoc che, superando l'impasse generata dal compimento extragiudiziale dell'atto da rendere probatoriamente accreditato — sì da poter essere posto a fondamento della decisione penale — ed, eventualmente, eclissando l'assenza di conferenti iniziative di parte, proponga un parterre dimostrativo meglio articolato e più congruo attraverso l'introduzione nel “circuito probatorio” di dati cognitivi di rilievo<sup>4</sup>.

Per tale via, ben si comprendono le ragioni per le quali è rispetto a tale istituto che dovrà indirizzarsi l'indagine tesa a penetrare i difficili equilibri sottostanti ad un articolato normativo apparentemente ambiguo nella esaltazione, talvolta del generale principio del contraddittorio, talaltra della istanza di “conservazione” degli atti formati nella fase investigativa.

---

1. Viene perciò ripristinata la regola di esclusione probatoria che era affermata nella primitiva versione dell'art. 500 c.p.p., definita come una delle norme più caratteristiche del c.p.p. del 1988.

Il precedente difforme non potrà essere acquisito al fascicolo per il dibattimento e, dunque, non potrà nemmeno essere utilizzato dal giudice per la decisione anche se potrà esplicitare l'effetto — eventuale — di infirmare l'efficacia probatoria delle dichiarazioni rese dal testimone in dibattimento.

2. L'espressione è di CONSO, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1998, p. 360.

3. VENTURA, *Le letture dibattimentali*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Torino 2009, Vol. IV, Tomo II, p. 387 ss.

4. Lo spunto riflessivo è suggerito da ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, p. 136.

In generale, il rapporto tra indagini preliminari e dibattimento assume una dimensione di particolare significanza proprio attraverso le previsioni dedicate alle “letture”<sup>5</sup>.

Esse possono rappresentare, con le contestazioni, un mezzo di acquisizione di atti di indagine<sup>6</sup>, limitando l'intervento delle parti alla possibilità di far verbalizzare «ogni dichiarazione a cui abbiano interesse» (art. 482 comma 1 c.p.p.), «ivi compresi i rilievi e le osservazioni svolti contestualmente alla lettura dell'atto». In altri termini, il sistema delle letture dibattimentali può costituire una indubbia eccezione rispetto alla regola del contraddittorio e della formazione della prova con il metodo dialogico<sup>7</sup>.

Il dato utilizzabile per la decisione può essere formato in contraddittorio ed introdotto attraverso l'escussione diretta ma entra a far parte del patrimonio conoscitivo del giudice mediante — appunto — la lettura del contenuto dell'atto formato in precedenza in modo unilaterale, derogando, in tal modo, al principio dell'oralità e dell'immediatezza dell'acquisizione probatoria<sup>8</sup>.

2. La generale regola di esclusione probatoria del precedente difforme, cristallizzata al comma 2 dell'art. 500 c.p.p., soffre tre eccezioni contemplate nella medesima previsione codicistica<sup>9</sup>: una è connessa ai possibili rischi derivanti dall'“inquinamento della prova”; altra è fondata sulle garanzie dialettiche ispiranti l'assunzione delle dichiarazioni lette per la contestazione; la terza è legata alla esistenza di un “accordo probatorio” delle parti<sup>10</sup>.

La *ratio* di tali previsioni riposa sul fatto che sarebbe illogico privare di valenza probatoria atti non formati in dibattimento nel caso la loro acquisizione sia avvenuta nel pieno rispetto del contraddittorio e della partecipazione difensiva dell'imputato; ovvero quando il metodo dialettico si rivelerebbe comunque inidoneo ad esplicare la sua funzione epistemologica in ragione di contegni che ne rendano inattuabile la sua “tipica” funzione dibattimentale<sup>11</sup>.

5. E non già in riferimento all'istituto di cui all'art. 238 c.p.p. né, tantomeno, alle previsioni dedicate all'incidente probatorio o all'accertamento tecnico irripetibile. In tale prospettiva, non sfuggirà che l'istituto considerato contempla ipotesi nelle quali trovano piena attuazione le istanze di non dispersione degli elementi raccolti in sede investigativa.

6. Sulla portata acquisitiva dell'istituto, GALANTINI, *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del Convegno di Ferrara (13-15 ottobre 2000), Milano, 2002, p.81 ss.

7. Così, DE CARO, *L'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La procedura penale*, a cura di Riccio-Spangher, Napoli, 2002, p. 559.

8. Sul punto, GALANTINI, *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2002, n. 5, p. 1840.

9. In argomento, NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, *Foro it.*, 1989, V, p. 283.

10. Cfr. DI CHIARA, *La “nuova” istruttoria dibattimentale: attuazione del “giusto processo”, metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 285.

11. La Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile, per erronea individuazione della disposizione oggetto di censura, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 500, comma 2, c.p.p., sollevata in riferimento all'art. 111, comma 5, Cost., nella parte in cui consente al giudice di valutare le dichiarazioni lette per la contestazione solo ai fini del giudizio sulla credibilità del testimone e non anche ai fini della prova della sua intimidazione o corruzione, affinché non deponga o deponga il falso (Corte cost., ord. n. 358 del 2010, in *Cass. pen.*, 2011, 4, p. 1376). La Corte ha affermato che la regola dettata dal comma 2 dell'art. 500 c.p.p. attiene al processo principale, avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità dell'imputato per i fatti a lui contestati, laddove il problema di costituzionalità posto dal rimettente concerne la *lex probatoria* applicabile nel procedimento incidentale finalizzato all'accertamento della condotta di intimidazione o di subornazione del teste, quale presupposto legittimante l'acquisizione delle sue dichiarazioni predibattimentali.

Sicché, se è vero che sussiste un legame prioritario tra dialettica probatoria ed accertamento dei fatti, è anche vero che tale legame non è esclusivo «quando il metodo del contraddittorio si riveli inattuabile o inidoneo»; dunque «è possibile eccezionalmente impiegare altri metodi per perseguire il medesimo risultato»<sup>12</sup>.

Ad ogni modo, l'ipotesi codificata del principio di non dispersione certamente più problematica è quella che annovera come conseguenza della “provata condotta illecita”<sup>13</sup> l'acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese dalla persona informata dei fatti e contenute nel fascicolo delle indagini; nonché di quelle rese dal teste che si sia poi rifiutato di sottoporsi all'esame o al controesame di una delle parti, quando «anche per circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità»<sup>14</sup>. Si tratta di una tipica ipotesi di acquisizione al giudizio della dichiarazione resa nel corso del procedimento<sup>15</sup>.

La “ragionevolezza” della previsione discende dalla regola di esperienza secondo cui la pressione esercitata sul testimone rende più attendibile la dichiarazione resa anteriormente rispetto a quella inficiata di “provata condotta illecita”; la *ratio* della disposizione codicistica, in altri termini, risiede nel fatto che il legislatore, con il meccanismo evidenziato, ha inteso agevolare il recupero del narrato che si vuole far disperdere con la “minaccia”.

Nel caso un elemento di prova venga estorto coartando la libertà morale del proponente, l'unico modo per sanzionare adeguatamente tale comportamento è impedirne gli effetti sul piano dell'utilizzabilità, tanto del dato raccolto illegittimamente quanto della prova della responsabilità raggiunta attraverso l'elemento viziato<sup>16</sup>. In secondo luogo, quando il teste è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, è evidente che il meccanismo del contraddittorio non può proprio funzionare. Infatti, se il teste non è libero di parlare o di rispondere alle domande formulategli, viene vanificata la funzione epistemologica del metodo<sup>17</sup>.

---

12. L'osservazione è di CONTI, *Sull'ambito applicativo della provata condotta illecita*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 760.

Per un approfondimento del tema, FERRUA, *Dalla Camera soluzione equilibrata sui limiti all'utilizzo delle dichiarazioni*, in *Dir. Giust.*, 2000, n. 40-41, p. 11; GRILLI, *Il dibattimento penale*, Padova, 2003, p. 274.

E' evidente come il meccanismo considerato risponda perfettamente alle logiche non dispersive: la traslazione dell'atto di indagine al fascicolo del dibattimento, nelle ipotesi codificate, determina la inequivoca attuazione delle istanze conservative.

Anche in questo caso, comunque, la lettura dell'atto formato nella fase procedimentale — e dinanzi a soggetti diversi rispetto all'organo chiamato a pronunciarsi sulla regudicanda — costituisce l'imprescindibile veicolo per la formale acquisizione del medesimo al fascicolo del dibattimento.

Giova rammentare che la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 500, comma 4, c.p.p., sollevata sul presupposto che gli art. 3 e 111, comma 5, Cost. imporrebbero di equiparare, in relazione al regime della “acquisizione” al fascicolo del dibattimento, le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dal testimone che in dibattimento risulta sottoposto a violenza, minaccia o subornazione, a quelle rese da chi in dibattimento scelga liberamente di deporre il falso o di tacere (Corte cost., ord. n. 137 del 2005, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2).

16. Così, MENNA., *La prova dichiarativa, in alcuni suoi profili, tra fasi preliminari e dibattimento*, in *Cass. Pen.*, 2005, n. 11, p. 3623.

17. Il criterio non è nuovo e, come si può notare, la formula è ricalcata testualmente su quella che, nell'art. 392, comma 1, lett. b), c.p.p., definisce uno dei presupposti dell'acquisizione anticipata della testimonianza mediante incidente probatorio. La differenza è che mentre con l'incidente probatorio si vuole prevenire un rischio (quando cioè la persona sia “esposta” alle pressioni indicate), qui si assume che la condotta illecita nei confronti del testimone si sia già verificata, e su di essa il giudice svolge «gli accertamenti che ritiene necessari» a norma dell'art. 500, comma 5, c.p.p.

La dialettica processuale a fini probatori risulta impraticabile ovvero falsata da un elemento estraneo che l'ha perturbata, per cui si tratterebbe di un contraddittorio "apparente e parolai" che non consente di condurre ad una ricostruzione dei fatti "attendibile". In tal senso, la Corte costituzionale ha ritenuto che la ratio della previsione più che in una "deroga" risiede proprio nell'impedimento che la condotta illecita reca all'esplicazione del contraddittorio, consentendo «eccezionalmente» di formare la prova al di fuori del metodo quando esso appaia compromesso da illecite «interferenze esterne» e sia quindi irrealizzabile l'inutilizzabilità in dibattimento: si vuole cioè evitare che si facciano pressioni sul testimone per rendere inutilizzabili le dichiarazioni anteriori.

Si conclude, così, nel senso che si tratta «di una regola generale, "criterio prevalente" per legittimare l'impiego di atti che sarebbero inefficaci a fini probatori (art. 513 c.p.p.), per rinunciare a modalità d'uso che sarebbero di facciata»<sup>18</sup>.

L'art. 500, comma 4, c.p.p., insomma, rappresenta una modalità acquisitiva perfettamente sintonica con il "valore" sotteso al quinto comma dell'art. 111 Cost. laddove si consente, appunto, di "derogare" al principio del contraddittorio nella formazione della prova penale "per effetto di provata condotta illecita"<sup>19</sup>.

Tuttavia, non può omettersi di rappresentare la differente formulazione (letterale) della previsione costituzionale rispetto al dato codicistico.

Mentre nella prima si discorre di "provata condotta illecita", nel comma 4 dell'art. 500 c.p.p. è agevolmente riscontrabile la vaghezza dei presupposti acquisitivi laddove si afferma che "anche per le circostanze emerse in dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è sottoposto a violenza minaccia o offerta o promessa di denaro".

Le divergenze terminologiche ricavabili dal raffronto tra le due previsioni sollevano evidenti problematiche circa il tipo di "procedimento" che deve essere attivato per dimostrare la "provata condotta illecita"<sup>20</sup> ed esplicitano come la verifica tesa ad appurare la "condotta illecita" non abbia i connotati di un "procedimento probatorio" *strictu sensu*.

---

18. Corte cost., ord. n. 453 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, p. 6. In merito, v. anche GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in *La prova nel dibattimento penale*, cit., pp. 204-205.

19. In dottrina, PAULESU, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della «provata condotta illecita»*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3753.

20. E' particolarmente arduo individuare la linea distintiva sussistente tra genuinità e sospetto: il livello di attenzione proposto dal codice, sulla scia dell'art 111, comma 5, Cost., per il teste "illecitamente manipolato" (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, p. 699), non è paragonabile alla soglia di vulnerabilità fissata in sede europea per il teste intimidito. Secondo diverse raccomandazioni del Consiglio d'Europa affinché si produca l'effetto intimidatorio è sufficiente il timore della semplice esistenza di un'organizzazione criminale, intenta a commettere violenze e rappresaglie; è sufficiente il fatto di appartenere ad un gruppo sociale chiuso, nel quale, pertanto, il deponente si trovi in posizione di debolezza (BUZZELLI, *Contraddittorio e contestazioni nell'esame testimoniale: una sbrigativa ordinanza della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002

3. Il Giudice gode di una certa libertà nella acquisizione di “informazioni”, eventualmente anche al di fuori del dibattimento, per accertare il presupposto in oggetto. Il vero problema, come si vedrà, attiene comunque alla acquisizione delle dichiarazioni di “terzi” — allorché il giudice reputi indispensabile compulsarle — rispetto alle quali bisogna usare particolare cautela ed evitare commistioni con il *thema probandum*. Ma ritornando al dato letterale della previsione, l’art. 500, comma 4, c.p.p. contempla l’acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero senza specificare, diversamente rispetto alla precedente versione dello stesso capoverso, se le stesse debbano o meno essere state previamente impiegate per le contestazioni<sup>21</sup>; alcuni propendono per una risposta negativa.

Sembrerebbe, cioè, che la contestazione non sia necessaria, pur non essendo esclusa in quanto idonea ad evidenziare il contrasto esistente con le dichiarazioni precedenti. In tale prospettiva, si reputa che la contestazione non costituisca un presupposto indefettibile per la utilizzabilità del precedente difforme contestato<sup>22</sup>.

Specificamente, si osserva che il meccanismo di acquisizione al fascicolo dibattimentale delle precedenti dichiarazioni, fissato dall’art. 500, commi 4 e 5, c.p.p., non passi necessariamente attraverso la lettura delle dichiarazioni ai fini contestativi, tantomeno laddove l’acquisizione abbia ad oggetto i verbali delle dichiarazioni richiamate dall’art. 500, comma 3, c.p.p. Insomma, l’accertamento del fatto che il testimone sia stato indebitamente condizionato consentirebbe, a prescindere dalla contestazione, l’acquisizione delle dichiarazioni precedentemente rese e contenute nel fascicolo del pubblico ministero<sup>23</sup>.

Da qui, tra le altre cose, l’acquisizione al fascicolo dibattimentale dell’intero verbale dell’atto di indagine e non solo della dichiarazione eventualmente utilizzata per la contestazione poiché la nuova disciplina, per come è configurata, non lascerebbe adito a dubbi, non contenendo il rimando desumibile dal comma 4 del vecchio art. 500 c.p.p. che letteralmente consentiva l’acquisizione delle sole «dichiarazioni utilizzate per la contestazione». Rispetto a tale impostazione, in maniera più aderente alla ratio ed alla lettera della previsione, si osserva che se si accogliesse una soluzione del genere si finirebbe per sganciare l’“acquisizione” dalla contestazione e per individuare, così, una ulteriore ipotesi di lettura<sup>24</sup> integrale del verbale contenente le dichiarazioni rese prima del dibattimento, in contrasto con il principio di tassatività stabilito dall’art. 514 c.p.p.

---

21. La questione è posta, tra gli altri da SCAGLIONE, *Dichiarazioni procedurali e giusto processo*, Torino, 2004, p. 113, il quale ritiene, però, necessaria la contestazione “se il soggetto risponde alle domande” postegli durante l’esame dibattimentale.

22. Conclusione di GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 203.

Così, anteriormente alla l. n. 63 del 2001, Cass., Sez. VI, 3 marzo 1998, Masone, in *Cass. pen.*, 1999, 2231; Cass., Sez. 1, 1 febbraio, 1996, Buzzone, in *Cass. pen.*, 1997, 3471. Nella dottrina, più di recente, CONTI, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 593.

23. La posizione è espressa da GARUTI, *Il giudizio ordinario*, in AA.VV., *Procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2010, p. 590.

24. Che, come detto, è pur sempre necessaria per la acquisizione dell’atto di indagine al fascicolo del dibattimento.

Inoltre, il fatto che la disposizione sia stata collocata all'interno dell'art. 500 c.p.p. conduce a ritenere che, anche nel caso in cui il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, la previa contestazione resti condizione imprescindibile per l'acquisizione delle sue dichiarazioni al fascicolo del dibattimento<sup>25</sup>.

Consegue che solo dopo la contestazione il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni predibattimentali del testimone che risulti essere stato oggetto di violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro al fine di non deporre o di deporre il falso<sup>26</sup>.

Sotto diverso profilo, la imprescindibilità della contestazione, ai fini della attivazione del procedimento acquisitivo considerato, discende dal fatto che, essendo la lettura dell'atto di indagine il veicolo di acclusione dello stesso al patrimonio probatorio del quale il giudice può disporre ai fini della decisione sulla *regiudicanda*, è indubbio che proprio la contestazione costituisce l'"occasione" per veicolare i contenuti del "precedente" entro la sfera cognitiva del giudicante.

In altri termini, non si può prescindere dalla contestazione poiché essa favorisce la ostensione dibattimentale del dato procedimentale pre-formato e, dunque, la conseguente trasmigrazione del medesimo al giudizio.

D'altro canto, se la ratio sottesa all'istituto di cui all'art. 500 c.p.p. consiste nel far risaltare la "inattendibilità" del dichiarante attraverso il confronto dialettico tra le parti, non sembra potersi dubitare della imprescindibilità dello strumento de quo nella misura in cui il saggio di credibilità deve passare, inevitabilmente, per la "contestazione del difforme".

Ed in questa direzione depone anche l'incipit del comma 4 dell'art. 500 c.p.p. laddove, nel valorizzare le "circostanze emerse in dibattimento", effettua un chiaro riferimento all'attività contestativa quale strumento principe per far risaltare gli elementi di inquinamento della genuinità dichiarativa.

---

25. Del resto, come è stato osservato, ancorché per l'acquisizione al fascicolo del dibattimento non sia necessaria una previa contestazione, «in concreto, evidenziare una contraddizione fra le versioni dei fatti rese in tempi diversi sarà il più delle volte una condizione necessaria per far risultare l'eventuale situazione di "inquinamento" della testimonianza» (ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, cit., 2008, p. 729). Il che rende fuor di dubbio che sia possibile utilizzare, ai fini della «condotta illecita», atti contenuti nel fascicolo *ex art.* 433 c.p.p. e, primo fra tutti, quello eventualmente impiegato per le contestazioni al testimone (GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3390 ss.). Cfr. CONTI, *La formazione della prova in dibattimento*, in *Giusto processo e prove penali. Legge 1° marzo 2001, n. 63*, cit., p. 195). La soluzione opposta, oltre a non conciliarsi con la lettera della legge, potrebbe avere ricadute esiziali sulla concreta operatività del meccanismo di cui si discute, posto che verrebbero escluse in radice conoscenze spesso essenziali per la prova delle intimidazioni o delle blandizie (TODARO, *Note in tema di «provata condotta illecita» ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 596).

26. Su tutte, Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2009, n. 44491, *inedita*.

Ad ogni buon conto, circa la verifica che deve interessare l'intervenuta violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro, o di altra utilità, nei confronti del teste, occorre preliminarmente domandarsi se debba trattarsi di condotta illecita posta in essere "sul" dichiarante o "dal" dichiarante, essendo la formulazione della norma compatibile con entrambe le ipotesi.

Sembrerebbe non esservi alcun ostacolo a ritenere che la condotta illecita, che consente la deroga al contraddittorio, possa provenire anche dal dichiarante medesimo e si fa riferimento alle ipotesi in cui il testimone rifiuti di rispondere, commettendo il reato di falsa testimonianza, nelle forme della reticenza.

Tuttavia, ad un esame più attento della previsione, siffatta conclusione si rivela inaccettabile in quanto il silenzio serbato dal teste costituisce un mero contegno che può essere dovuto a vari motivi e dal quale non è possibile inferire la genuinità delle precedenti dichiarazioni. Detto altrimenti, nel caso si reputasse sufficiente il silenzio del teste per acquisire le dichiarazioni precedentemente rese, di fatto, si violerebbe il diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore ed il principio del contraddittorio stesso. In tale prospettiva, la condotta illecita può essere posta in essere solo "sul" dichiarante, in quanto una diversa interpretazione si scontrerebbe con i connotati di essenza del metodo dialettico di formazione della prova<sup>27</sup>.

E però, in ordine alla possibilità di applicare il comma 4 dell'art. 500 c.p.p. nel caso in cui il testimone tenga, senza condizionamenti esterni, una condotta illecita, dichiarando il falso ovvero essendo reticente, parte della dottrina si è mostrata incline ad ammettere l'operatività della previsione in oggetto nel caso in cui il teste si renda responsabile del delitto di falsa testimonianza<sup>28</sup>. A tale ultimo riguardo, la giurisprudenza ha precisato che in tema di falsa testimonianza la disciplina delle contestazioni dibattimentali di cui all'art. 500 c.p.p. è applicabile unicamente nell'ambito del processo in cui sono state rese le deposizioni testimoniali, e non invece nell'ambito del processo conseguentemente instaurato per accertare la sussistenza del delitto di falsa testimonianza<sup>29</sup>.

---

27. Così, Cass. pen., Sez. II, 04 marzo 2005, in *Cass. pen.*, 2006, nn.7-8, p. 2534, ove si è stabilito che in tema di testimonianza la deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio contenuta nell'art. 500, comma 4, c.p.p. si riferisce alle sole condotte illecite poste in essere sul dichiarante (quali la violenza, la minaccia o la subornazione), ma non a quelle realizzate dal dichiarante stesso, quale la falsa testimonianza anche nella forma della reticenza (in motivazione la Corte osserva che la condotta illecita reca impedimento alla esplicazione del contraddittorio inteso come metodo di formazione della prova, mentre l'autonoma scelta del teste di dichiarare il falso in dibattimento — come pure di tacere — non incide, di per sé, sulla lineare esplicazione di esso).

28. In argomento, cfr. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2106, nonché ANSELMINI, *Testimonianza falsa o reticente e principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1391.

29. Cass., Sez. IV, 4 giugno 2009, *inedita*. In motivazione, la Corte ha osservato che il giudice di merito, evocando l'art. 500 c.p.p., aveva impropriamente ritenuto di non poter effettuare il confronto comparativo tra dichiarazioni procedurali e dichiarazioni dibattimentali, per dedurne la corrispondenza al vero delle prime e la falsità delle seconde.

Di diverso avviso è stata la Corte costituzionale la quale ha escluso che, in casi del genere, siano acquisibili le precedenti dichiarazioni rese dal testimone<sup>30</sup>.

La quaestio, comunque, è stata oggetto di ulteriore decisum ad opera del Giudice delle leggi il quale ha avuto modo di puntualizzare che l'eccezione al principio della formazione della prova in contraddittorio "per effetto di provata condotta illecita", contenuta nel comma 5 dell'art. 500 c.p.p., si riferisce "alle sole condotte illecite" poste in essere "sul" dichiarante (quali la violenza, la minaccia o la subornazione), e non anche a quelle realizzate "dal" dichiarante stesso in occasione dell'esame in contraddittorio (quale, principalmente, la falsa testimonianza); conclusione che, ad avviso della Corte, si impone alla luce sia della ratio del precetto costituzionale che del suo necessario coordinamento con la previsione del secondo periodo del quarto comma del medesimo art. 111 Cost.<sup>31</sup>

L'assunto è stato specificato affermando che la acquisizione probatoria delle dichiarazioni rese in fase di indagine, che siano state oggetto di contestazioni in dibattimento, è determinata dall'apprezzamento di situazioni di compromissione della genuinità dell'esame, che non necessariamente deve ricollegarsi ad un fatto attribuibile all'imputato.<sup>32</sup>

Tuttavia, l'art 500 c.p.p., ai commi 4 e 5, non contempla espressamente le situazioni che, in concreto, possono provocare l'inquinamento probatorio<sup>33</sup>; per cui potrebbe ritenersi rilevante qualsiasi comportamento in grado di influire sulla libertà di autodeterminazione del dichiarante<sup>34</sup>.

---

30. La Corte costituzionale si è soffermata sulla locuzione "condotta illecita", che compare nell'art. 111, comma 5, Cost., escludendo essa «si presti ad una lettura lata, tale da abbracciare — oltre alle condotte illecite poste in essere "sul" dichiarante (quali la violenza, la minaccia o la subornazione) — anche quelle realizzate "dal" dichiarante stesso in occasione dell'esame in contraddittorio (quale, *in primis*, la falsa testimonianza, anche nella forma della reticenza)» (Corte cost., ord. n. 453 del 2002, cit., con nota adesiva di MENGONI, *La falsità della testimonianza non consente il recupero delle dichiarazioni predibattimentali (una precisazione della Corte costituzionale sul significato dell'art. 111 Cost. in materia di provata condotta illecita)*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 15; in *Cass. pen.*, 2003, p. 479, con nota adesiva di PAULESU, *Falsa testimonianza e disciplina delle contestazioni: una messa a punto sui confini della "provata condotta illecita"*, cit., p. 3759).

La Corte, in particolare, ha ritenuto che la ratio della deroga prevista dal comma 5 dell'art. 111 Cost. riposa nell'impedimento che la condotta illecita reca all'esplicazione del contraddittorio, inteso come metodo di formazione della prova; per contro, l'autonoma scelta del soggetto esaminato di dichiarare il falso in dibattimento (come pure di tacere) non incide, di per sé, sulla lineare esplicazione del contraddittorio sulla prova: mentre, infatti, le condotte illecite poste in essere da altri sul dichiarante incidono sulla sua libertà di scelta, le condotte realizzate dal dichiarante *sua sponte* presuppongono quest'ultima, poiché l'autonoma decisione del teste di non rispondere in dibattimento (commettendo così il reato di falsa testimonianza per reticenza) è una scelta illecita, ma comunque libera, con la conseguenza che solo nel primo caso, e non nel secondo, è ipotizzabile — non operando la preclusione dinanzi ricordata — l'acquisizione al materiale probatorio di dichiarazioni unilateralmente raccolte nel corso delle indagini preliminari (in senso analogo, Corte Cost., ord. n. 518 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, p. 6, con la quale è stata dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento agli artt. 500, comma 4, 513 e 210, comma 5, c.p.p., nella parte in cui non prevedono l'acquisizione e l'utilizzabilità dei verbali delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni nei casi in cui risulti provato che il testimone abbia reso in dibattimento dichiarazioni false o reticenti).

31. Così, Corte cost., ord. n. 137 del 2005, cit. Nel solco dell'insegnamento della Corte costituzionale, in giurisprudenza si è puntualizzato che la deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio contenuta nell'art. 500, comma 4, c.p.p. si riferisce alle sole condotte illecite poste in essere "sul" dichiarante (Cass., Sez. II, 4 marzo 2005, cit.).

32. Cass., Sez. V, 19 maggio 2009, n. 38230, *inedita*. Fattispecie nella quale la compromissione della genuinità dell'esame testimoniale dibattimentale era attribuibile soltanto ad alcuni coimputati.

33. Così MURONE, *Il regime delle dichiarazioni nel processo penale*, Milano, 2001, p. 358.

34. Nella giurisprudenza di merito, in senso conforme, Trib. Milano, 13 novembre 2002, in *Foro ambr.*, 2003, p. 225.

Per cui, ritornando al tema cui si è fatto cenno in precedenza, bisogna stabilire se è necessario un procedimento incidentale promosso dalla parte che vuole ottenere l'allegazione dell'atto al fascicolo processuale e se, eventualmente, deve essere riconosciuta la possibilità alle altre parti di interloquire sull'acquisizione del materiale investigativo<sup>35</sup>.

4. La norma di cui al comma 4 dell'art. 500 c.p.p. si preoccupa di indicare in quale sede sia possibile riscontrare l'intimazione del teste prevedendo che possa trattarsi anche di circostanze emerse in dibattimento; in pratica, da alcuni elementi sintomatici manifestatisi nel corso dell'udienza o da situazioni esterne portate a conoscenza del giudice anche se non evidenziate in quella sede<sup>36</sup>.

Da tali premesse si ricava che il vero nodo da sciogliere, a proposito della acquisizione di dichiarazioni nel caso di provata condotta illecita, attenga alle "modalità procedurali" attraverso le quali si accerta il presupposto codificato al comma 4 dell'art. 500 c.p.p.

Come accennato, invero, la reale problematica sollevata dalla disamina dell'istituto in discorso si connette alla indagine concernente le modalità attraverso le quali debbono essere appurati gli elementi indicativi della "condotta illecita". Bisogna stabilire, cioè, se la decisione sul punto deve seguire le stesse regole dell'accertamento di merito, con conseguente ossequio dei "congegni probatori" ordinariamente previsti — nonché delle previsioni di cui agli artt. 191 c.p.p. e 526 c.p.p. —, ovvero possa adeguarsi all'oggetto ed alle finalità proprie delle procedure incidentali. Ebbene, l'impiego in Costituzione dell'espressione "provata" sembrerebbe presupporre l'instaurazione e lo svolgimento (in seno al procedimento probatorio specificamente deputato alla verifica della fondatezza della imputazione) di un segmento accertativo autonomo, destinato alla verifica delle "condotte illecite" legittimanti la trasmissione dell'atto di indagine al fascicolo del dibattimento<sup>37</sup>.

Il riferimento lessicale, però, non deve trarre in inganno poiché il "parallelo" disposto codicistico non sancisce la imprescindibilità dell'espletamento di un accertamento incidentale teso alla verifica della peculiare situazione di deroga al contraddittorio.

Insomma, non bisogna attribuire rilievo eccessivo al tenore letterale della previsione costituzionale menzionata poiché la stessa, evidentemente, rimanda al quantum di "prova" richiesto per consentire l'ingresso dell'atto nel fascicolo del dibattimento e non certo alla indefettibilità di una verifica interinale dagli ambigui contorni e dalle perniciose implicazioni.

---

35. La tematica è affrontata da GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 199.

36. La Corte di cassazione afferma che gli «elementi concreti» per ritenere integrata la situazione di inquinamento probatorio, contemplata dalla disposizione in esame, possono desumersi anche esclusivamente dalle circostanze emerse nel dibattimento ed, in particolare, anche dal solo contegno assunto dal testimone nel corso dell'esame: «l'acquisizione probatoria delle dichiarazioni rese in precedenza dal testimone è giustificata anche dalla emersione in dibattimento di circostanze che diano prova che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, senza che sia necessario che il giudice disponga specifici accertamenti, purché detti elementi siano concreti» (Cass., Sez. II, 22 gennaio 2008, Antonna, in *Cass. pen.*, 2009, p. 590).

37. Così, Cass., Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 48140, *inedita*.

Pur tuttavia, dalla lettura combinata dei commi 4 e 5 dell'art. 500 c.p.p., parrebbe ricavarsi come le dinamiche codicistiche consentano — anzi, impongano — l'instaurazione di un sub-procedimento teso a verificare la sussistenza delle condizioni di applicabilità della “disciplina contestativa”.

La conclusione sembrerebbe agevolata dall'impiego della congiunzione “anche” (per le circostanze emerse in dibattimento) contenuta nel comma 4 dell'art. 500 c.p.p. nonché dalla indicazione metodologica presente nel successivo comma 5 della previsione, laddove si prevede che “sull'acquisizione di cui al comma 4 il giudice decide senza ritardo, svolgendo tutti gli accertamenti che ritiene necessari”. Anche a voler ritenere che il legislatore del 2001 abbia inteso conferire ampi spazi operativi al giudice del dibattimento nel caso si fosse adombrato il sospetto di “condotte illecite”, viene da interrogarsi circa il rilievo che gli esiti di un simile accertamento incidentale possano avere rispetto al processo principale. In tale prospettiva, sembra escluso che il giudice del dibattimento possa autorizzare la citazione di testimoni su circostanze “diverse” ed ulteriori rispetto a quelle direttamente afferenti all'oggetto di prova, ex art. 187 c.p.p.

Il legislatore, dunque, autorizza l'espletamento di un procedimento incidentale “leggero”, distinto dal procedimento probatorio vero e proprio, nel corso del quale si assumono “informazioni” in ordine alla eventuale condotta illecita e non già “elementi probatori” *strictu sensu*.

Muovendo da tale premessa, si è consapevoli del fatto che, dato il tenore letterale dell'art. 500, comma 5, c.p.p. resta, purtroppo, impossibile accertare l'intimidazione o la corruzione, ad esempio nel caso del teste che non compaia affatto in udienza rispetto a chi si presenti e deponga ritrattando la sua precedente dichiarazione; esso rappresenta, indubbiamente, l'aspetto più problematico (e più frequente nei processi di criminalità organizzata); né tale questione il legislatore è riuscito a risolvere<sup>38</sup>. Bisogna stabilire, allora, se è consentito “escutare” chi ha testimoniato in un altro processo nel dibattimento, in modo tale da verificare, “anche per le circostanze emerse” in quest'ultimo, l'avvenuta intimidazione o subornazione del teste medesimo; e questo, soprattutto, nel caso in cui gli elementi concreti per ritenere che il deponente sia stato sottoposto a condotta illecita altrui emergano non già da una sentenza irrevocabile intervenuta sul punto (la quale può essere acquisita ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p.), bensì, da una mera richiesta di rinvio a giudizio o da un decreto che dispone il giudizio in un procedimento concernente la condotta illecita posta in essere sul testimone<sup>40</sup>.

---

38. Particolarmente problematico, infatti, è il caso in cui i testi ritrattino le dichiarazioni precedentemente rese, soprattutto nel caso in cui nei verbali di sommarie informazioni si operino accenni alla necessità di badare all'interesse dei propri familiari o di dover vivere in ambienti ostili e frequentati da soggetti assai poco raccomandabili.

39. In merito, ROMBI, *Acquisizione della sentenza come mezzo di prova: presupposti e limiti*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 479 ss.

40. Non pare consentito, stante il divieto contenuto nell'art. 195, comma 4, c.p.p., utilizzare, ai fini dell'accertamento incidentale in oggetto, la testimonianza resa da un ufficiale di polizia giudiziaria sul contenuto di una denuncia per minacce dallo stesso ricevuta. «Il divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, che l'art. 195 c.p.p., comma 4, stabilisce con riguardo al contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui all'art. 351 c.p.p. e art. 357 c.p.p., comma 2 lett. a) e b), c.p.p., si riferisce tanto alle dichiarazioni che siano state ritualmente assunte e documentate in applicazione di dette norme, quanto ai casi nei quali la polizia giudiziaria non abbia provveduto alla redazione del relativo verbale, con ciò eludendo proprio le modalità di acquisizione prescritte dalle norme medesime» (Cass., Sez. Fer., 21 agosto 2007, n. 33790, *inedita*).

Sul punto, non sembra peregrino rammentare che il più volte richiamato quinto comma dell'art. 500 c.p.p., dettato presumibilmente con l'intento di fornire parametri di riferimento in merito, precisa che sull'acquisizione di cui al comma 4 il giudice decide "senza ritardo".

L'espressione "senza ritardo" implica che il giudice procedente non è tenuto a sospendere il giudizio principale ai fini dell'instaurazione di un processo concernente il reato presunto (che dovrebbe esser condotto da un altro giudice). La soluzione adottata dal legislatore, invero, è quella di consentire lo svolgimento di tale indagine da parte dello stesso giudice procedente, evitando un "appesantimento" dell'accertamento dibattimentale che si porrebbe in evidente contrasto con il principio della ragionevole durata del processo<sup>41</sup>. Si configura, di conseguenza, nella fattispecie de qua, una sorta di "questione incidentale" che il giudice deve risolvere prima di proseguire nel dibattimento<sup>42</sup>. Di tal che, gli "accertamenti necessari" possono essere svolti non solo a richiesta di parte, ma anche per iniziativa officiosa del giudice, il quale ha il compito di garantire il corretto svolgimento dell'esame dibattimentale<sup>43</sup>: pur non prevedendosi, nella specie, un vero e proprio onere di allegazione o di prova a carico delle parti<sup>44</sup>, è consentito, comunque, che gli elementi attestanti l'inquinamento probatorio possano essere accertati dal giudice *ex officio*<sup>45</sup>, attraverso un'attività di verifica "libera ed informale"<sup>46</sup>. Dunque, se il giudice, sulla base dell'andamento del dibattimento, ha fondati motivi per sospettare che il testimone sia stato intimidito, può disporre gli accertamenti necessari al fine di appurare la fondatezza o meno dei suoi sospetti iniziali.

---

41. Al tempo stesso, però, l'espressione "senza ritardo", usata dalla norma, non deve indurre il giudice "ad accontentarsi frettolosamente di dati deboli". Tuttavia, un deterrente a questa prassi può ravvisarsi nell'obbligo di motivazione che in questo caso deve ritenersi estremamente rigoroso proprio riguardo agli elementi da cui è stata dedotta, dal giudice, la sussistenza dei fattori inquinanti della testimonianza.

42. Comunque, che gli elementi che possono determinare l'attivazione del procedimento teso a verificare la possibilità di acquisire le dichiarazioni *ex art. 500, comma 4, c.p.p.* debbano avere un sostrato di concretezza costituisce principio più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità: «la norma di cui all'art. 500, comma quarto, c.p.p. è finalizzata a tutelare la prova anche in deroga al principio affermato dall'art. 111, comma quinto, Cost., ogni qual volta emergano circostanze che impongano un accertamento dell'intimidazione o della subornazione del teste, ma proprio perché tale procedura introduce una deroga al principio costituzionale del contraddittorio, l'inizio del procedimento incidentale deve essere ancorato ad elementi concreti e non di natura meramente logica, cioè elementi di prova normativamente configurati e qualificati dal requisito della concretezza e della rilevanza, non apparendo sufficiente la sola circostanza della deposizione di un teste» (Cass. pen., Sez. I, 2 marzo 2007, in *Cass. pen.*, 2008, 5, p. 2030).

43. Per una conferma di tale opinione, MANZIONE-MARZADURI, *Nuove contestazioni per un reale contraddittorio*, in *Guida dir.*, 2001, n. 13 p. 49.

44. Così MURONE, *Il regime delle dichiarazioni nel processo penale*, cit., p. 360.

45. Cfr., sul punto, Corte assise Milano, 17 dicembre 2001, Tarocca, in *Giur. mer.*, 2003, p. 127. In dottrina, tra gli altri, PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, p. 236, il quale, però, ammonisce: «la parte interessata al riscontro della turbativa non dovrebbe fare troppo affidamento su tale iniziativa», in quanto il giudice «sembra godere di una certa discrezionalità, essendo tenuto ad effettuare solo i controlli che reputi necessari».

46. In questi termini, MACCHIA, *Più facile dimostrare la subornazione: prova di colpevolezza e altre prove, distinzione dubbia* in *Dir. Giust.*, 2003, n. 16, p. 45, il quale afferma: «il modello, quindi, si presenta sostanzialmente analogo a quello che consente al giudice, in sede di revoca o sostituzione delle misure cautelari, di svolgere accertamenti senza formalità, a norma dell'art. 299, comma 4-ter, c.p.p., delineando, così, uno schema *latu sensu* istruttorio, tranquillamente iscrivibile anche in un impianto accusatorio, proprio perché, non soltanto ampiamente partecipato, ma, soprattutto, rigorosamente circoscritto nei fini».

Nell'espletamento di tale verifica, non si pone alcun problema di selezione del materiale cognitivo in ossequio alle regole probatorie codificate, in quanto la verifica mira solo ad appurare la sussistenza di eventuali turbative poste in essere nei confronti del testimone e giammai la responsabilità dell'imputato.

Nel procedimento di cui al comma 5 dell'art. 500 c.p.p., insomma, le parti ed il giudice possono avvalersi di qualsiasi dato utile, senza il pericolo di incorrere nella sanzione di cui agli artt. 191 e 256 c.p.p.<sup>47</sup>

Alcuni reputano che l'inciso «su richiesta di parte», che figura nel comma 5 dell'art. 500 c.p.p., si riferisce alla necessità di un'istanza di parte per il compimento degli accertamenti ivi previsti al fine di attivare «il potere del giudice ex officio ai sensi dell'art. 507 c.p.p.»<sup>48</sup>, e non già alla necessità di un impulso delle parti per l'acquisizione al fascicolo dibattimentale delle dichiarazioni contenute nel dossier dell'accusa: una volta provata la condotta illecita, il giudice potrebbe decidere d'ufficio<sup>49</sup>.

Dal che discenderebbe che, accertata la «degenerazione del contesto di acquisizione dibattimentale della prova», le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone «sono acquisite» al fascicolo dibattimentale, senza necessità che si interponga una richiesta di parte<sup>50</sup>. L'indirizzo non convince.

Come accennato, nel caso si ammettesse la esperibilità di un "accertamento probatorio incidentale", le "informazioni" acquisite circa i presupposti e le condizioni della "condotta illecita" interesserebbero circostanze certamente non riconducibili all'oggetto di prova ex art. 187 c.p.p.

Detto altrimenti, è arduo ipotizzare un provvedimento ammissivo di un mezzo di prova avulso dalle dinamiche specificamente contemplate dagli artt. 187 e 190 c.p.p.

A non voler discorrere, poi, delle implicazioni eventualmente discendenti dall'attività valutativa e decisoria del giudice.

Sotto tale profilo, riesce difficile immaginare la valenza che può assumere la decisione adottata all'esito del sub-procedimento attivato in presenza del sospetto di una "condotta illecita" rispetto alla decisione principale, tra l'altro, con evidenti quanto probabili implicazioni sul fronte della incompatibilità del giudice.

---

47. V., in merito, FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in A.A.VV., a cura di Kostoris, *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, 2002, p. 20.

48. Così CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2006, p. 718.

49. Sul punto, GREVI, *In tema di accertamento incidentale*, cit., p. 3838.

50. Cfr. anche NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, p. 149.

In altri termini, alcun valore probatorio posseggono gli elementi acquisiti nel procedimento *de quo* rispetto al processo principale, essendo i due momenti ontologicamente differenti; non possono, così, applicarsi al procedimento in discorso i poteri disciplinati dall'art. 507 c.p.p.<sup>51</sup>, ben altra essendo la ratio della previsione richiamata.

Tra l'altro, per ogni "incidente" che si inserisce nel segmento procedimentale ordinario, il legislatore richiama lo schema generale di cui all'art. 127 c.p.p., oltre a prevedere, caso per caso, le specifiche disposizioni derogatorie rispetto ad esso.

Siffatto richiamo non è contemplato nel caso di specie.

Da quanto precede, allora, si ricava che la valutazione cui è chiamato il giudice ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p. deve essere ancorata alle circostanze emergenti dal dibattimento, avuto specifico riguardo al contegno dei soggetti ordinariamente escussi nonché alle provalazioni dagli stessi promananti<sup>52</sup>.

Chiariti i contorni delle verifiche concernenti le situazioni di violenza e ribadito che l'approfondimento delle stesse prescinde dal ricorso alle metodologie probatorie ordinarie, deve comunque evidenziarsi che il giudice non può ricavare, in via esclusiva, l'esistenza degli "elementi concreti" *de quibus* solo sulla base di criteri logici come, ad esempio, la presunzione per cui determinati contesti ambientali non possano non influenzare la deposizione testimoniale, nonché

---

51. Invero, a proposito dei poteri probatori officiosi del giudice, il legislatore ha ritenuto di mitigare il "principio dispositivo", che pur ispira il procedimento probatorio, realizzando al suo interno delle sacche di "attivismo del giudice" che costituiscono una caratteristica tipica del nuovo modello. Il sistema, infatti, pur ponendo al centro l'iniziativa probatoria delle parti che consente di tutelare il valore dell'imparzialità — fondamento ontologico dell'accertamento — riconosce l'iniziativa probatoria *ex art. 507 c.p.p.* che assicura al giudice il fondamentale ruolo di controllo e di guida del contraddittorio; i suoi interventi probatori, per quanto pungenti e penetranti, dovranno essere ricavati, in ogni caso, dalla proiezione verso l'esercizio corretto della fondamentale funzione giurisdizionale.

Ora, se questa è la funzione della norma, riconosciuta anche dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass., Sez. Un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2007, n. 9, p. 3341, con nota di APRILE, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 507 c.p.p.: una nuova sentenza che non elimina ogni dubbio interpretativo*) non si comprende in che modo la stessa possa trovare applicazione in ambiti che esulano dalla esigenza, tassativa, di colmare le lacune conoscitive del processo rispetto alle ipotesi di inerzia, tanto del pubblico ministero quanto della difesa dell'imputato.

Un "indebito" ampliamento del campo applicativo della norma finirebbe per contrastare con la logica di un sistema basato sulla obbligatorietà dell'azione penale, che comporta la necessità che il giudice possa e debba sempre verificare l'esercizio da parte del pubblico ministero dei suoi poteri di iniziativa, come le sue carenze od omissioni.

52. Illuminanti, sul punto, le posizioni della giurisprudenza di merito, Corte Ass. App. Catania, 29 giugno 2005, Buonomo, in *Giust. pen.*, 2006, III, 181; Trib. Torre Annunziata, 29 maggio 2001, Caso, in *Giur. merito*, 2001, 1401.

In tale ultima decisione si è affermato che ai fini dell'accertamento della condotta illecita, pur non richiedendosi una vera e propria prova, essendo sufficiente "un seme di prova che tuttavia abbia la qualità della precisione, obiettività e significatività" nondimeno, l'inciso di cui al quinto comma dell'art. 500 c.p.p. ("anche per le circostanze emerse nel dibattimento") richiede che gli elementi concreti, tali da far ritenere un'intervenuta condotta antiggiuridica a carico del teste, devono essere soltanto quelli di carattere ambientale, nonché devono essere desunti dal comportamento tenuto in udienza dal testimone medesimo.

Sul punto, si veda Corte cost., ord. del 25 luglio 2002, n. 396, in *Cass. pen.*, 2003, pag 113, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 500, comma 4, c.p.p., sollevata, in riferimento agli art. 3, 97 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede che siano acquisite al fascicolo del dibattimento le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero pre-cedentemente rese dal testimone, qualora risultino altre situazioni, diverse da quelle ivi previste, che hanno compromesso la genuinità dell'esame (la Corte ha osservato che l'accoglimento del quesito dissolverebbe la rigorosa tipicità delle eccezioni al principio della formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, espressa dalla disposizione impugnata, la quale, a sua volta, rappresenta la diretta applicazione, da parte della legge ordinaria, del principio sancito dall'art. 111, comma 5, Cost.).

da ulteriori circostanze speculari<sup>53</sup>: tali, ad esempio, il timore per la propria vita o per quella dei propri cari manifestata, anche implicitamente, dal teste al giudice durante l'esame; gli sguardi intercorsi tra il testimone e l'imputato; oppure, solo, il tono della voce del teste e gli eventuali relativi mutamenti nonché la gestualità del dichiarante mentre rende la sua deposizione alla presenza dell'imputato<sup>54</sup>.

Appare evidente, da ciò, come la questione concernente il grado della "prova" occorrente per dimostrare le pressioni subite dal testimone si riveli in tutta la sua problematicità specialmente nei processi per reati di criminalità organizzata, in cui anche velate allusioni o comportamenti in apparenza neutri possono assumere, rispetto ad un determinato contesto socio-culturale, un chiaro significato minaccioso. Sul punto si registrano orientamenti contrastanti.

Secondo una interpretazione "estensiva" della previsione considerata, non essendo il "procedimento incidentale" preordinato ad accertare la responsabilità penale, sarebbe più logico conferire rilievo a qualsiasi turbativa appaia idonea ad influire sulla libertà di autodeterminazione del dichiarante<sup>55</sup>.

In senso diametralmente opposto, si sostiene che il disposto di cui all'art. 111, comma 5, Cost., che parla espressamente di "condotta illecita", nonché la circostanza che l'art. 500 c.p.p. non faccia più riferimento alle "altre situazioni" pregiudizievoli per la genuinità dell'esame, depongano inequivocabilmente per la sussistenza di uno "standard probatorio elevato" ai fini della integrabilità della deroga in oggetto<sup>56</sup>. Le informazioni che emergeranno nel corso del dibattimento, comunque, dovranno essere attentamente vagliate dal giudice al fine di accertare se sia stata o meno compromessa la genuinità della fonte di prova.

---

53. Nel senso che «va escluso che il giudice possa trarre elementi di convincimento circa l'eventualità fondata che il teste sia stato condizionato esclusivamente dal tenore comportamentale del dichiarante nel corso della deposizione in dibattimento o dal suo stato psicologico. Tuttavia, a tal fine è ben possibile analizzare il contenuto della deposizione del teste in dibattimento che si assume essere stato oggetto di condizionamenti, nella misura in cui dalla stessa audizione del testimone e da quanto da questi riferito nel contraddittorio dibattimentale emergano dati di fatto che portino a ritenere che egli sia stato indotto a dichiarare il falso» (Trib. Nola, 24 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 1485).

54. In tale prospettiva, si è affermato che gli "elementi concreti" necessari onde ritenere che il testimone esaminato sia stato sottoposto a minaccia, possono essere desunti da qualunque circostanza sintomatica dell'intimidazione, purché connotata da obiettività e significatività (Cass., Sez. II, 19 maggio 2010, n. 25069, Solito, in *Cass. pen.*, 2011, 5, p. 1848).

In senso conforme alla massima, Cass., Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 5224, Zingale, in *C.E.D. Cass.*, n. 243302.

55. V. Cass. pen., Sez. II, 22 gennaio 2008, n. 5997, *inedita*.

In tal senso, appare significativa una pronuncia della Suprema Corte nella quale si è affermato che «nei procedimenti per fatti di violenza sessuale, il riavvicinamento o la riappacificazione della persona offesa con l'imputato possono costituire un elemento concreto ex art. 500, comma 4, c.p.p. per ritenere che possa esserne alterata la genuinità della deposizione, in quanto la persona offesa sentita come testimone potrebbe essere indotta a circoscrivere, limitare o revocare le precedenti dichiarazioni di accusa, con la conseguenza che i verbali di tali dichiarazioni possono essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento ai fini dell'utilizzazione probatoria» (Cass. pen., Sez. III, 03 ottobre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2704, con nota di GREVI).

56. In merito, si suole ritenere che l'inquinamento probatorio, quale presupposto dell'acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone, ai sensi dell'art. 500, comma 4, c.p.p., può desumersi da circostanze emerse nel dibattimento o da appositi accertamenti compiuti dal giudice attraverso un *sub*-procedimento incidentale, dovendo, in ogni caso, poggiare su "elementi concreti", non essendo sufficiente a tal fine la semplice mancanza di genuinità della deposizione (Cass. pen., Sez. VI, 16 maggio 2007, n. 31660, in *Cass. pen.* 2008, n. 9, p. 3374. Fattispecie nella quale gli elementi concreti dell'intimidazione sono stati rinvenuti nella incongruità di una ritrattazione operata dalla teste in dibattimento e in una serie di fattori esterni denotanti indebite pressioni sul testimone, tra cui il rifiuto immotivato ed improvviso del teste di essere sottoposto al regime di protezione e l'omicidio del genero dello stesso teste).

Infatti, saranno necessari precisi fatti, indicati dalle parti o percepiti direttamente dal giudice, aventi “un valore sintomatico autonomo”, non essendo il semplice sospetto un presupposto sufficiente per l’acquisizione al fascicolo processuale della dichiarazione extra-dibattimentale.

La problematica posta emerge in tutta la sua portata da alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità ove si afferma che le contestazioni nel corso dell’esame testimoniale concorrono a formare il materiale oggetto del libero convincimento del giudice per la parte in cui consentono di desumere l’esistenza di atteggiamenti reticenti<sup>58</sup>.

La decisione non palesa affatto un atteggiamento remissivo del giudice di legittimità quanto, piuttosto, la consapevolezza delle difficoltà “probatorie” connesse alla verifica in discorso<sup>59</sup>.

Ed al riguardo, in maniera ancora più eloquente, si è affermato, in via del tutto generica, che le dichiarazioni rese precedentemente dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero sono acquisite al fascicolo del dibattimento per l’utilizzazione probatoria se risultano, «da circostanze emerse in dibattimento o da appositi accertamenti compiuti dal giudice, elementi di alterazione della loro genuinità»<sup>60</sup>.

L’asserto contribuisce a chiarire come il reale problema posto dalla tematica in oggetto sia di carattere pratico-applicativo e, dunque, di “casistica giurisprudenziale”, piuttosto che di individuazione di criteri generali adattabili alle diverse situazioni emergenti nella prassi giudiziaria.

Sarà il singolo giudice che, di volta in volta, rifuggendo la tentazione di enfatizzare “sospetti” o “presunzioni” evanescenti, adeguerà il suo “libero convincimento” alla situazione — di fatto — che, concretamente, si presenterà al suo cospetto.

---

Nel senso che ai fini dell’acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni predibattimentali del testimone, gli elementi concreti da porre alla base del convincimento che il teste sia stato sottoposto a violenza o minaccia, affinché deponga il falso o si rifiuti di deporre, devono mostrare una plausibilità logica tale da far ritenere compromessa la genuinità della deposizione dibattimentale (Cass., Sez. II, 16 settembre 2008, n. 38894, Del Gesso, in *C.E.D. Cass.*, n. 241447. In termini analoghi, Cass., Sez. VI, 16 maggio 2007, Genovese, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3374 secondo cui l’inquinamento probatorio, quale presupposto dell’acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone ai sensi dell’art. 500, comma 4, c.p.p. può desumersi da circostanze emerse nel dibattimento o da appositi accertamenti compiuti dal giudice attraverso un sub-procedimento incidentale, dovendo, in ogni caso, poggiare su “elementi concreti” non essendo sufficiente, a tal fine, la semplice mancanza di genuinità della deposizione).

58. Su tutte, Cass., Sez. I, 9 dicembre 2009, n. 3470, *inedita*.

59. In tale direzione, in maniera ancor più evanescente, sono stati ritenuti integrati i presupposti di alterazione della genuinità delle deposizioni testimoniali in una fattispecie nella quale gli “elementi concreti” richiesti dalla previsione in oggetto erano stati individuati nel comportamento dei testimoni che avevano sconfessato la ritrattazione delle precedenti dichiarazioni accusatorie e non avevano saputo spiegare gli improvvisi vuoti di memoria rispetto a fatti accaduti meno di un anno prima delle deposizioni (Cass., Sez. II, n. 5224, in *Cass. pen.*, 2010, 4, p. 1567).

60. Così, Cass., Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 5224, in *Cass. pen.*, 2010, n. 4, p. 1567.

In senso conforme alla massima, Cass., Sez. III, 3 ottobre 2006, Guazzoni, *ivi*, 2007, p. 2707, con nota di GREVI, *Sulla (non) rilevanza della “riappacificazione” tra testimone e imputato ai fini dell’art. 500, comma 4, c.p.p.*

In dottrina, tra gli altri, FERRUA, *Giusto processo: l’attuazione si misura con le incertezze della giurisdizione*, in *Dir. Giust.*, 2001, n. 26, p. 30; PONZETTA, *Facoltà di non rispondere dell’imputato di procedimento connesso e applicabilità della disciplina acquisitiva ex art. 500, comma 4, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3753.

## La prova dichiarativa del testimone vulnerabile

SANDRA RECCHIONE

### ABSTRACT

*The author believes that the state of vulnerability of the witness to be identified without the use of presumptions. It is an approach consistent with the guidelines of directive 2012\29\UE, that is not easily accepted in a legal system, like the Italian one, which combines state of vulnerability to individual crimes, mostly sexual or, typically, concerning to the decay of close relationship. The state of vulnerability depends on a series of factors that have to be analyzed by an individual assessment. The degree of vulnerability should change the statute of testimony evidence and should define, concretely, the extension of defensive rights which have to be, in any case, consistent with the guarantees provided by the Convention of Human Rights and the Italian Constitution. In this framework the vulnerability of minor is a status that is similar to the other situation of weakness.*

SOMMARIO: 1. La crisi della prova dichiarativa nel processo penale. – 2. La prova dichiarativa del minore: Una prova diversa? – 3. Il minore come dichiarante vulnerabile. – 4. I primi passi verso la costruzione dello statuto del dichiarante vulnerabile

1. L'accertamento della responsabilità fondato sulla "dichiarazione" si dimostra problematico e fa registrare una crescente diffidenza verso la prova testimoniale.

La crisi di affidabilità della prova dichiarativa deriva dal fatto che il dichiarato (quasi sempre) "muta" nel tempo. Tale fenomeno rende la testimonianza di critica gestione processuale dato che essa è (inconfessabilmente) percepita come inaffidabile. Tale percezione aumenta nei casi in cui a dichiarare sia un minore o una persona in condizioni di vulnerabilità. Tali testimonianze appaiono instabili, mutevoli, sfuggenti. Lontane dalla (presunta) obiettività che caratterizza altre prove. Come quella scientifica, per esempio. Se la crisi investe l'intera prova dichiarativa, l'evoluzione delle prassi e della giurisprudenza nella formazione e valutazione della testimonianza del minore ha fornito un contributo essenziale per la revisione del "fenomeno dichiarazione", che si presenta (e viene ormai percepito) come un fatto umano complesso, assolutamente non riconducibile alla ricerca in "archivio" di dati (presuntivamente) fotografati e conservati dalla mente.

La testimonianza è, piuttosto, un fenomeno di riedizione complessa, edificato sulla relazione, sulla sintesi (dunque sulla "rielaborazione"), che deve essere letto anche alla luce degli studi sul funzionamento della memoria. Questi hanno posto in luce la complessità della riedizione del ricordo, specie quando si riferisce ad episodi potenzialmente traumatici. Ed hanno evidenziato la centralità della relazione tra chi chiede e chi risponde. Invero, il contenuto dichiarativo "dipende" dalla domanda e dalla relazione tra intervistato ed intervistatore.

Dunque, la valutazione di attendibilità si arricchisce, in quanto deve essere effettuata tenendo in considerazione diversi parametri, andare “oltre” il contenuto “verbale” ed estendersi alle espressioni comunicative non verbali o emotive, “visibili” solo attraverso la percezione diretta dell’evento-testimonianza. In sintesi: valutare l’attendibilità di un testimone e la credibilità delle sue dichiarazioni significa comprendere (e spiegare) il suo meccanismo di funzionamento psichico. Esplorare l’impatto dell’evento sul ricordo e sulle riedizioni dello stesso. Il suo atteggiarsi in relazione alla “esposizione” pubblica che il processo comporta. Il suo reagire alle eventuali suggestioni che il microsistema “privato” delle relazioni del testimone può produrre. I dati dichiarativi devono poi, sempre, essere sottoposti al rigoroso confronto con i dati obiettivi emersi dal processo<sup>1</sup>.

Si tratta di un percorso faticoso che può essere condotto a termine in modo convincente solo se la raccolta delle dichiarazioni viene effettuata correttamente, fin dai primi atti dell’indagine: dalla raccolta effettuata dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero, fino alla riedizione della testimonianza in contraddittorio. Fondare l’accertamento di responsabilità esclusivamente sulla prova dichiarativa resta possibile, a condizione che il controllo sulla credibilità dei contenuti sia effettuato in modo accurato.

---

1. Secondo la Corte “è affetta dal vizio di manifesta illogicità la motivazione della sentenza nella quale la valutazione sull’attendibilità e credibilità delle dichiarazioni del minore vittima di abusi sessuali venga condotta esclusivamente riferendosi all’intrinseca coerenza del racconto, senza tenere adeguatamente conto di tutte le circostanze concrete che possono influire su tale valutazione” (Cass. sez. 3, 23 maggio 2013, n. 39405, in C.E.D. Cass. n. 257094). Nella parte motiva si legge: “che l’assunto secondo il quale i bambini piccoli non mentono consapevolmente e la loro fantasia attinge pur sempre ad un patrimonio conoscitivo deve essere temperato con la consapevolezza che gli stessi possono essere dichiaranti attendibili se lasciati liberi di raccontare, ma diventano altamente malleabili in presenza di suggestioni eteroindotte; interrogati con domande inducenti, tendono a conformarsi alle aspettative dello interlocutore” (cfr. parte motiva Sez. 3, n. 37147 del 18/9/2007, PM in proc. Scancarello). Ed ancora “per controllare che il bambino non abbia inteso compiacere l’interlocutore ed adeguarsi alle sue aspettative, è utile potere ricostruire la genesi della notizia di reato, cioè, focalizzare quale sia stata la prima dichiarazione del minore (che, se spontanea, è la più genuina perché immune da interventi intrusivi), quali le reazioni emotive degli adulti coinvolti, quali le loro domande; se la narrazione del bambino si è amplificata nel tempo, è necessario verificare se l’incremento del racconto sia dovuto alla abilità degli intervistatori oppure a loro indebite interferenze” (così parte motiva di (Sez. 3, n. 24248 del 13/5/2010, O.J., Rv. 247285). Da tali assunti emerge la necessità di una valutazione rigorosa e neutrale da parte dei giudici delle dichiarazioni rese dai bambini, con l’opportuno aiuto delle scienze che risultano rilevanti nella materia (pedagogia, psicologia, sessuologia), al fine di esprimere un giudizio di attendibilità, attraverso “una articolata analisi critica - anche e soprattutto - degli elementi probatori di conferma” (in tal senso si veda la parte motiva della già citata sentenza Sez. 3, n. 29612 del 27/7/2010). Sulla linea di tali studi scientifici, la Carta di Noto, che contiene le linee-guida per gli esperti nell’ambito degli accertamenti da loro compiuti sui minori vittime di abuso sessuale (la quale, pur non dettando regole di valutazione, rappresenta un formidabile strumento di verifica dei dati probatori acquisiti nel processo), nel nuovo testo approvato il 12 giugno 2011, ha sottolineato la necessità di analizzare il minore considerando le modalità attraverso le quali il minore ha narrato i fatti ai familiari, alla polizia giudiziaria, ai magistrati ed agli altri soggetti, tenendo conto, in particolare: “a) delle sollecitazioni e del numero di ripetizioni del racconto; b) delle modalità utilizzate per sollecitare il racconto; c) delle modalità della narrazione dei fatti (se spontanea o sollecitata, se riferita solo dopo ripetute insistenze da parte di figure significative); d) del contenuto e delle caratteristiche delle primissime dichiarazioni, nonché delle loro modificazioni nelle eventuali reiterazioni sollecitate”. Inoltre il punto 13 del testo prevede che l’esperto che ha il compito di esaminare il minore debba individuare eventuali ipotesi alternative emerse o meno nel corso dei colloqui; infatti “i sintomi di disagio che il minore manifesta non possono essere considerati come “indicatori” specifici di abuso sessuale, potendo derivare da conflittualità familiare o da altre cause”. Attenzione particolare deve essere riservata ad alcune situazioni specifiche, idonee ad influire sulle dichiarazioni dei minori come fenomeni di suggestione e di contagio dichiarativo e condizionamenti o manipolazioni anche involontarie. Quindi per una corretta valutazione, i giudici di merito devono stabilire se il racconto dei fatti, quale emerge dalle dichiarazioni de relato rese da chi abbia ricevuto il primo “disvelamento” dell’abuso sessuale, corrisponde a quanto il minore ha realmente vissuto, unitamente alla eventuale conferma del racconto stesso in sede di incidente probatorio, tenuto conto degli elementi scaturenti dalle perizie psicologiche che siano state disposte”.

La giurisprudenza della Corte di cassazione continua a ritenere sufficiente la idoneità dimostrativa esclusiva del dichiarato “isolato”, pur ammonendo circa il rigore da utilizzare nella valutazione<sup>2</sup>. La difficoltà del percorso di formazione della prova dichiarativa ha modificato sensibilmente le prassi. Così, per i testi presuntivamente vulnerabili, come i minori, la prova dichiarativa si intreccia regolarmente con quella scientifica.

L’indistricabile intreccio tra le due prove rende faticosi processi fondati sulle dichiarazioni accusatorie del minore (come quelli per abuso sessuale, ad esempio) e induce il massimo rigore nel rispetto delle regole di formazione della prova.

Ma, anche, la massima tensione verso la ricerca di buone prassi, e la individuazione di protocolli che, partendo dalla analisi dei casi, indichino percorsi rassicuranti per evitare errori “fatali”. In questa materia la procedura segna la strada da seguire, ma il risultato processuale è affidato alla concreta gestione dei tempi, dei modi e delle relazioni. In una parola: alle prassi.

Che devono essere affinate non per irrigidire i percorsi, che nella gestione del fenomeno testimonianza si presentano diversi e mutevoli, ma per segnalare i pericoli nascosti. Così: deve essere segnalata la rilevanza della corretta formulazione del quesito consegnato all’esperto chiamato a valutare la idoneità a testimoniare del minore; la necessità di evitare domande suggestive; l’obbligo di valorizzare il diritto di difesa nella fase dell’incidente probatorio; la necessità di rendere fruibile la testimonianza attraverso l’uso sistematico della videoregistrazione.

2. Quanto detto in realtà non è riferibile solo alla testimonianza del minore. L’approccio alla dichiarazione rievocativa come “evento” umano complesso è un passaggio culturale che, seppur indotto dalla analisi della testimonianza del minore, si presta ad essere esportato anche testimonianza dell’adulto, specie se vulnerabile.

Dal percorso di approfondimento e di rimediazione della prova dichiarativa emerge con chiarezza la necessità di distinguere la testimonianza in relazione alla configurazione dichiarante ed al suo rapporto con il fatto da accertare.

Il testimone può essere “vulnerabile” (e non solo in relazione alla minore età), “indifferente” (si tratta del teste non traumatizzato che non ha nessuna relazione con il fatto da rievocare) o “coinvolto nel fatto”<sup>3</sup>.

---

2. Così è stato chiarito che “le regole dettate dall’art. 192, comma terzo, cod. proc. pen. non si applicano alle dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell’affermazione di penale responsabilità dell’imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell’attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. (in motivazione la Corte ha altresì precisato come, nel caso in cui la persona offesa si sia costituita parte civile, può essere opportuno procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi: Cass. Sez. U, 19 luglio 2012 n. 41461 in C.E.D. cass. n. 253214).

3. Quest’ultimo ha già uno statuto delineato che si compone di una articolata disciplina che regola l’esercizio del diritto al silenzio e, della (fondamentale) regola di valutazione descritta dall’art. 192 comma 2 c.p.p.

Quello proposto è un approccio alla prova dichiarativa che valorizza, da un lato, la relazione del dichiarante con il fatto e, dall'altro, la struttura intrinseca del testimone che può avere caratteristiche di vulnerabilità capaci di incidere sulla genuina rievocazione degli eventi.

Se si accoglie tale prospettiva evidentemente il minore si presenta non come un dichiarante "diverso", ma solo come un testimone con caratteristiche di vulnerabilità legate ad uno sviluppo (ancora) non completo della personalità.

3. Che il minore vada ascrivibile nella categoria dei testi vulnerabili trova diretta conferma nella normativa sovranazionale, ed in particolare nella direttiva 2012\29\UE. La direttiva in questione<sup>4</sup> propone una individuazione della vulnerabilità non tipizzata, ma effettuata sulla base di una valutazione individuale che deve tenere conto:

- delle caratteristiche personali della vittima;
- del tipo o natura del reato,
- delle circostanze del reato,

Tale valutazione deve tenere in considerazione il danno patito in conseguenza del reato, il fatto che il reato trova origine nel pregiudizio o nelle caratteristiche personali delle vittime, nella relazione e dipendenza delle vittime dall'autore del reato. Particolare attenzione deve essere rivolta alle vittime di terrorismo, criminalità organizzata, tratta degli esseri umani, violenza di genere, violenza nelle relazioni strette, violenza o sfruttamento sessuale, reati basati sull'odio o nei confronti di vittime disabili (così l'art. 22 della direttiva)

La scelta di assegnare rilevanza non solo al tipo di reato, ma anche alla relazione tra l'autore ed il dichiarante, ed alle intrinseche caratteristiche di questi indirizza verso la individuazione di uno stato di vulnerabilità atipica, rintracciabile sulla base di un esame individuale, senza riferimenti a presunzioni assolute.

L'approccio europeo alla prova dichiarativa "debole" esclude dunque il ricorso a meccanismi "automatici" o ciecamente presuntivi, indirizzando il legislatore nazionale verso la individuazione e valorizzazione delle specificità della vittima.

La scelta di valorizzare la vulnerabilità in concreto viene ribadita anche in relazione al minore che resta destinatario di una valutazione individuale sebbene vengano riconosciute specifiche esigenze di protezione sulla base di una presunzione di maggiore esposizione al rischio di vittimizzazione secondaria (oltre che a possibili azioni di intimidazione e ritorsione). Sebbene venga riconosciuto come intrinsecamente vulnerabile, il minore deve comunque essere sottoposto ad una analisi individuale che ne individui le caratteristiche specifiche e ne valuti in concreto la "debolezza", anche con riferimento al percorso processuale che dovrà affrontare.

---

4. La direttiva si propone di fornire agli stati norme di indirizzo per uniformare le legislazioni nazionali in materia di tutela dei diritti delle vittime nel processo penale

4. La modifica apportata dal decreto legislativo n. 24 del 4 marzo 2014, con l'introduzione nel corpo dell'art. 398 c.p.p. del comma 5 *ter*, segna un passo in avanti particolarmente significativo nella (ormai visibile) costruzione dello statuto della prova dichiarativa del teste "vulnerabile".

La norma consente al giudice, seppur su richiesta di parte, di attivare i presidi di tutela indicati al comma 5 bis dell'art. 398 c.p.p. ogniqualvolta tra le persone interessate alla prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità desunta "anche" (ma non solo, evidentemente) dal tipo di reato per cui si procede.

Prima dell'introduzione nel corpo dell'art. 398 c.p.p. del comma 5 *ter* l'estensione della protezione ai maggiorenni escussi in fase incidentale era resa possibile dal richiamo alla disciplina prevista dal comma 4 *quater* dell'art. 498 c.p.p. (introdotta dalla L. 119 del 2013), che prevede l'attivazione della protezione (su richiesta) quando si procede all'audizione dibattimentale dei maggiorenni offesi dai (soli) reati indicati nel precedente comma 4 *ter* (che ricalca l'elenco indicato nell'art. 392 comma 1 bis c.p.p. con l'eccezione dell'art. 609 *undecies* c.p.).

L'importazione in sede incidentale di tale ultima norma, attraverso il ponte procedurale dell'art. 401 c.p.p., garantiva l'utilizzo delle modalità protette anche per gli offesi maggiori di età, sempre che ne venisse riconosciuta la particolare vulnerabilità, desunta "anche" dal tipo di reato per cui si procede (reati, come si è detto, precisamente indicati dal precedente comma 4 *ter*).

L'estensione della protezione ai maggiorenni poteva essere concessa anche facendo ricorso alla interpretazione "conforme" alla normativa sovranazionale.

Attraverso tale via, faticosamente, si giungeva alla inclusione nell'ambito applicativo dell'art. 398 comma 5 *bis* c.p.p. anche dei vulnerabili "esclusi" dall'elenco, sulla base della necessità di rispettare le indicazioni della decisione quadro 2001/220/GAI (ora sostituita dalla direttiva 2012/29/UE) in materia di diritti minimi delle vittime, in coerenza con le indicazioni della celebre pronuncia della CGUE, Grande sezione del 16 giugno 2005 nel caso "Pupino" (già richiamata).

Il nuovo comma 5 *ter*, introdotto nell'art. 398 c.p.p. dal D.Lgs n. 24 del 2014, non solo corregge la segnalata asimmetria tra la disciplina tra l'art. 392 comma 1 bis c.p.p. e l'art. 398 c.p.p., consentendo di "accompagnare" la ammissione della testimonianza incidentale degli offesi maggiorenni di alcuni reati (quelli indicati dall'art. 392 comma 1 bis c.p.p. appunto) con la predisposizione di modalità protette indicate dall'art. 398 comma 5 *bis* c.p.p., ma va oltre.

La norma indica infatti come unica condizione necessaria per la concessione della protezione il riconoscimento della esistenza di una condizione di "particolare vulnerabilità": dunque consente di estendere la protezione oltre il perimetro tracciato dall'elenco di reati indicato nell'art. 398 comma 5 bis c.p.p. E, fatto ancora più significativo, consente l'accesso alle modalità speciali anche per la raccolta della testimonianza del dichiarante vulnerabile non offeso. Se non vi sono incertezze nel ritenere la protezione estensibile anche ai dichiaranti non offesi (il riferimento alle persone "interessate" è chiaro in proposito), qualche dubbio potrebbe sorgere circa la possibilità di estendere le modalità protette anche ai vulnerabili chiamati a dichiarare in relazione a fatti non compresi nell'elenco di reati indicati dal comma 5 *bis* dell'art. 398 c.p.p.

Il comma 5 *ter* consente infatti al giudice di “applicare le disposizioni di cui al comma 5 *bis*” laddove tra i dichiaranti vi sia un “maggiorenne in condizione di particolare vulnerabilità desunta anche dal tipo di reato per cui si procede”.

Benché si effettui un richiamo integrale alle disposizioni del comma 5 *bis*, si ritiene tuttavia che questo debba intendersi come riferito solo alle “modalità protette” di audizione e non anche all’“elenco di reati” presuntivamente traumatizzanti indicati nel comma 5 *bis*.

Militano a favore di questa interpretazione diversi argomenti: alcuni di ordine letterale ed altri di tipo logico-sistematico.

Partendo dalle indicazioni della lettera della norma: si segnala che il comma di nuova introduzione non effettua alcuno specifico rinvio all’elenco indicato dal comma 5 *bis*, ma indica come unico parametro per la valutazione della condizione di vulnerabilità il “tipo di reato per cui si procede”.

La tecnica normativa si discosta visibilmente da quella utilizzata in occasione della introduzione del comma 4 *quater* dell’art. 498 c.p.p. dove l’estensione della protezione agli offesi maggiorenni è stata espressamente riferita ai casi in cui si proceda per i reati indicati nell’elenco di cui all’art. 498 comma 4 *ter* c.p.p. (che ricalca l’elenco indicato nell’art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. con l’eccezione dell’art. 609 *undecies* c.p.).

Evidentemente, quando il legislatore ha inteso limitare la protezione al perimetro tracciato con le presunzioni di vulnerabilità, lo ha fatto attraverso il richiamo espresso all’area dei reati ritenuti in astratto generatori di trauma.

Richiamo, come si è visto, del tutto assente nel comma 5 *ter* dell’art. 398 c.p.p., che estende la protezione nel caso del contraddittorio incidentale.

Ma ancora più convincente è l’argomento “sistematico”. La normativa e la giurisprudenza sovranazionale si presentano univocamente indirizzate verso la valorizzazione processuale della “vulnerabilità individuale”, valutata in concreto, senza i limiti nascenti dalle presunzioni.

In tal senso sono orientate le indicazioni della sentenza della Corte di Giustizia che, nel caso “Pupino”, ha chiarito che la vulnerabilità è uno “stato” sicuramente riferibile anche ai minori presunte vittime di maltrattamenti agiti da una insegnante, malgrado all’epoca della pronuncia il reato di cui all’art. 572 c.p. non fosse incluso nell’elenco dei delitti presuntivamente generatori di trauma.

Nella stessa direzione, ancora più chiaramente, si orienta il tessuto normativo della direttiva 2012\29\UE, che richiede una precoce valutazione della vulnerabilità (della vittima) fondata su una analisi individuale (art.22)<sup>5</sup>.

La direttiva indica chiaramente la strada della valutazione personalizzata, riducendo drasticamente lo spazio riservato alla “vulnerabilità presunta” (art. 22 comma 4) e tracciando le basi per una “rivoluzione copernicana” dello statuto processuale della vittima vulnerabile. Statuto che appare destinato ad essere centrato sull’esame individuale della persona, mentre il ruolo delle presunzioni si configura come residuale e recessivo.

---

5. L’art. 22 della direttiva 2012\29\UE prevede che “gli Stati membri provvedono affinché le vittime siano tempestivamente

Aderendo a tale normativa di indirizzo (che informa il nostro sistema anche in pendenza del termine di attuazione), lo stesso Decreto legislativo n. 24 del 2014 ha riconosciuto la necessità di valutare la vulnerabilità sulla base di un esame individuale.

L'art. 1 del decreto sotto la rubrica "principi generali", stabilisce infatti che "nell'attuazione delle disposizioni del presente decreto legislativo, si tiene conto, sulla base di una valutazione individuale della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili quali i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere".

Anche in tale occasione si è ribadita dunque, con estrema chiarezza, la necessità di valorizzare la vulnerabilità effettiva della persona, a prescindere dal rinvenimento di indici presuntivi (rassicuranti, ma non definitivi ai fini della valutazione della condizione di debolezza).

Ancora: lo stesso D.lgs. n. 24 del 2014 introduce la rilevanza della condizione (aspecifica) di vulnerabilità anche nel corpo degli artt. 600 e 601 confermando la tendenza a valorizzare la rilevanza dello "stato" a prescindere dal collegamento con uno specifico reato. Infine: la volontà di valorizzare l'esame in concreto della condizione del dichiarante a prescindere da "ciechi" collegamenti presuntivi emerge anche dai lavori preparatori del D.lgs n. 24 del 2014.

Nella relazione illustrativa del D.lgs n. 24\14 trasmessa alle commissioni parlamentari il 3 dicembre 2013 si legge infatti che l'intenzione della novella è quella di estendere la protezione a "tutte le vittime maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità".

E' vero che nella stessa relazione si qualifica l'intervento come coerente con quello effettuato dalla Legge n.119 del 2013 sull' art. 498 c.p.p. (che, come si è evidenziato ha ribadito il ruolo delle presunzioni): ma tale cenno appare insufficiente a "ridurre" la portata dell'innovazione, anche alla luce della costante valorizzazione della vulnerabilità specifica che, si legge nella stessa relazione illustrativa, deve orientare verso l'offerta non di una protezione generalizzata, ma bensì "modulata sui bisogni e le necessità individuali".

---

5. Oggetto di una valutazione individuale, conformemente alle procedure nazionali, per individuare le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale, come previsto a norma degli articoli 23 e 24, essendo particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. 2. La valutazione individuale tiene conto, in particolare, degli elementi seguenti: a) le caratteristiche personali della vittima; b) il tipo o la natura del reato; e c) le circostanze del reato. 3. Nell'ambito della valutazione individuale è rivolta particolare attenzione alle vittime che hanno subito un notevole danno a motivo della gravità del reato, alle vittime di reati motivati da pregiudizio o discriminazione che potrebbero essere correlati in particolare alle loro caratteristiche personali, alle vittime che si trovano particolarmente esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato. In tal senso, sono oggetto di debita considerazione le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità".

6. Secondo il comma 4 dell'art. 22 "Ai fini della presente direttiva si presume che i minori vittime di reato abbiano specifiche esigenze di protezione essendo particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. Per determinare se e in quale misura debbano avvalersi delle misure speciali di cui agli articoli 23 e 24, i minori vittime di reato sono oggetto di una valutazione individuale come previsto nel paragrafo 1 del presente articolo".

Il disancoramento della rilevanza processuale dello stato di vulnerabilità dalla connessione con reati specifici è un salto culturale di straordinaria rilevanza, che consente di intravedere un percorso di concreto perseguimento degli obiettivi indicati dalla normativa sovranazionale, la quale, come si è visto, valorizza con decisione la condizione di “vulnerabilità individuale” e, con altrettanta determinazione, rifiuta il ricorso alle presunzioni. Rassicuranti, ma cieche.

Se si accede alla interpretazione proposta, la novella consentirebbe di proteggere non solo i testimoni "speciali", presuntivamente vulnerabili, indicati nel comma 1 bis dell'art. 392 c.p.p., ma anche quelli "ordinari", ma vulnerabili in concreto, se ammessi al contraddittorio incidentale ai sensi delle lettere a) e b) dell'art. 392 comma 1 c.p.p..

Così, ad esempio, un testimone anziano e malato (ammesso ai sensi dell'art. 392 comma 1 lett a) c.p.p.), se riconosciuto vulnerabile, potrà essere ascoltato in ambiente protetto; analoga protezione potrà essere riservata ai testi vulnerabili esposti a possibili subornazioni (ed ammessi al contraddittorio incidentale ai sensi della lett. b) dell'art. 392 c.p.p.): si pensi, solo per fare un esempio agli offesi di estorsioni consumate in ambiente mafioso.

L'innovazione, nella misura in cui la si ritenga (come si sostiene) finalizzata alla valorizzazione esplicita della vulnerabilità individuale ed aspecifica, si rivolge comunque al solo testimone maggiore.

## GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

GIUSEPPE SASSONE

ANNO 2014

N. 28/2014 R. Sent.

N. 30/13 Reg. Gen.



TRIBUNALE ORDINARIO DI NAPOLI  
CORTE DI ASSISE  
Sezione Terza

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

L'anno 2014 il giorno quattro del mese di novembre, in Napoli N.P.G. aula 114 Centro Direzionale – la Corte di Assise di Napoli – 3<sup>a</sup> sezione composta dai Signori:

Fatto estratto  
esecutivo per

.....

da.....

addi.....

Fatto cartellino per

.....

da.....

addi.....

Campione n°

- |                                 |                   |
|---------------------------------|-------------------|
| 1) dott. Carlo SPAGNA .....     | Presidente        |
| 2) dott. Giuseppe SASSONE ..... | Giudice Estensore |
| 3) RAFFONE Erminia              | Giudice popolare  |
| 4) LAUDATI Lucia                | “ “               |
| 5) MORETTI Giuseppe             | “ “               |
| 6) NAPPO Anna                   | “ “               |
| 7) GIUGLIANO Giuseppe           | “ “               |
| 8) SEMPREVIVO Salvatore         | “ “               |

con l'intervento del Pubblico Ministero dott.ssa Francesca DE RENZIS della Procura della Repubblica di Napoli e con l'intervento dell' assistente giudiziario Fiore Pascarella, ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa contro :

1. K., nato il \* in Polonia

**LIBERO ASSENTE**

**IMPUTATO**

- a) **del delitto di cui agli artt. 110, 575 e 577 n. 3 e 4 c.p.** perché, al fine di eseguire il delitto di cui al capo b), in concorso con GD e LS, sbattendo reiteratamente la testa di KW sul pavimento, provocandogli un trauma cranico facciale ed altre gravi lesioni, ne cagionavano la morte;  
con l'aggravante della premeditazione;
- b) **del delitto di cui agli artt. 110, 628 co.1 e 3 c.p.** perché, in concorso e riunione con GD e LS, per procurarsi un ingiusto profitto mediante violenze alla persona, concretatasi nello sbattere reiteratamente la testa di KW sul pavimento, procurandogli un trauma cranico facciale ed altre gravi lesioni, si impossessavano di una valigia di KW, contenente travel cheques ed altri effetti personali, sottraendola al predetto.

In Napoli il 9.04.1999

**CONCLUSIONI**

Tutte le parti hanno concluso per la declaratoria di improcedibilità dell'azione penale per essere stato il fatto già giudicato.

**FATTO E DIRITTO**

Con decreto del 6.12.2013 K veniva rinviato a giudizio dianzi a questa Corte per rispondere dei reati di cui in epigrafe.

L'imputato era accusato di aver eseguito sul territorio napoletano, in concorso con GD e LS, una rapina ai danni del giapponese KW, sbattendo reiteratamente la sua testa contro il pavimento, con conseguente provocazione di un trauma cranico facciale e

della relativa morte. K veniva accusato, inoltre, di aver sottratto alla vittima una valigia contenente i suoi effetti personali.

La richiesta di mandato d'arresto europeo nei suoi confronti, veniva respinta dalla Polonia a causa della previa celebrazione di un processo in quel paese per il medesimo fatto.

All'udienza del 28/1/2014, preso atto della comunicazione dell'Autorità polacca, la Difesa chiedeva pronunciarsi sentenza ex art 129 cpp ritenendo l'esercizio dell'azione penale, in contrasto con il principio del "ne bis in idem". A sostegno della richiesta osservava che la diversità delle legislazioni coinvolte (italiana e polacca), infatti, impone di considerare l'evento naturalistico, più che la sua qualificazione giuridica. Si rilevava, inoltre, che dalla sentenza d'appello polacca era possibile desumere l'estraneità dell'imputato dal reato di omicidio: i complici, infatti, incuranti dell'opposta volontà di K, avrebbero oltrepassato i confini del progetto criminoso originariamente delineato, seguitando il pestaggio della vittima fino a determinarne la morte.

Alla luce di tali rilievi, la Corte disponeva acquisirsi gli atti del processo svoltosi in Polonia in ordine ai fatti di causa

All'udienza del 8/10/2014 venivano acquisiti gli atti inviati dall'Autorità Polacca e se ne disponeva al traduzione in italiano.

All'udienza del 4/11/2014, esaminati gli atti tradotti, la Corte rilevava che la sentenza d'appello, giudicando del fatto così come descritto nell'odierno capo di imputazione, confermando il giudizio di primo grado, aveva ritenuto K colpevole del reato di rapina, ma non di quello di omicidio, in relazione al quale il pubblico ministero in Polonia aveva disposto l'archiviazione.

In virtù di tale rilievo, il Giudice invitava le parti a prendere posizione sulla possibile definizione preliminare in rito.

Le parti concludevano sul punto come in epigrafe e la Corte decideva mediante lettura del dispositivo, riservando la redazione dei motivi.

Tanto premesso sulla vicenda processuale, deve osservarsi che il principio espresso dal brocardo latino "*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*", vigente in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, rappresenta una garanzia fondamentale per l'imputato, che

sia stato già punito o assolto con sentenza definitiva, impedendo la celebrazione di un nuovo processo riguardante il medesimo fatto.

Seppur positivizzato nelle discipline dei singoli ordinamenti interni, il *ne bis in idem* si è affermato a livello sovranazionale solo a seguito di un tormentato percorso, mostrandosi gli Stati, *superiores non recognoscentes*, estremamente riluttanti nel cedere porzioni del loro "ius puniendi", baluardo della loro sovranità nazionale.

Forte era però il rischio che questi, interessati a giudicare una stessa vicenda, sovrapponevano le loro pretese punitive, realizzando processi multipli vertenti sostanzialmente sulla medesima *res iudicanda*, con conseguente possibile contrasto di giudizi, in dispregio alle esigenze di certezza del diritto.

La diffusione di forme di criminalità a livello transnazionale e il tentativo da parte degli Stati di avviare una cooperazione investigativa e processuale hanno fatto sì che il riconoscimento dell'efficacia del *ne bis in idem* nei giudizi stranieri fosse qualcosa più di un semplice auspicio.

Attraverso la stipulazione dei trattati internazionali, gli Stati hanno cercato, infatti, di conferire al divieto del doppio giudizio una dignità applicativa che oltrepassasse i confini dei singoli ordinamenti interni.

L'Italia, dal canto suo, ha aderito a numerose convenzioni, che sanciscono il principio in parola: la Convenzione tra gli Stati partecipanti al trattato NATO (1951), la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi (1970), la Risoluzione del Consiglio d'Europa sull'applicazione del *ne bis in idem* (1984), la Convenzione europea sul *ne bis in idem* (1987), la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici (1966), il VII Protocollo addizionale alla CEDU (1984), la Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen (1993) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000).

Tra queste, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rivestono un ruolo fondamentale e meritano perciò un'apposita trattazione.

Prima di procedere all'analisi delle fonti di natura pattizia sopra citate, è opportuno, peraltro, rilevare che l'ordinamento giuridico italiano, *prima facie*, sembra opporsi all'operatività del principio in ambito internazionale.

L'art. 11 c.p., infatti, dispone l'ineffettibile applicazione della legge italiana ai reati commessi sul territorio dello Stato, anche se giudicati all'estero (art. 6 c.p.), e l'obbligo di rinnovare il giudizio concernente i reati commessi all'estero e già giudicati all'estero.

A ben vedere, peraltro, la norma in questione, indicativa di un potere punitivo rigidamente ancorato al principio di territorialità, non può essere invocata per negare l'esistenza del principio del *ne bis in idem* in ambito sovranazionale, comportando altrimenti la neutralizzazione dei diritti fondamentali della persona ad esso connessi.

Fra tutti, si consideri il diritto di difesa, sancito dall'art. 24 Cost., soffocato dalla reiterazione di un processo sul medesimo oggetto, e la libertà di circolazione nello spazio europeo, la cui proclamazione sarebbe vanificata dal rischio per il cittadino di essere sottoposto per un medesimo fatto a più processi in Stati diversi.

La Corte Costituzionale, d'altra parte, ha smentito a più riprese il ritenuto contrasto tra l'art. 11 c.p. e l'art. 10 Cost., il quale impone all'ordinamento giuridico italiano di conformarsi alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, rilevando che il principio del *ne bis in idem* non possa essere sussunto in tale categoria, né in quella rappresentata dalle norme di diritto consuetudinario (*Corte cost.*, 12 aprile 1967, n. 48, *Corte cost.*, 25 gennaio 1973, n. 1, *Corte cost.*, 25 marzo 1976, n. 69, *Corte cost.*, 12 gennaio 1993, n. 10, *Corte cost.*, 14 febbraio 1997, n. 58).

Tuttavia la progressiva adesione dell'Italia alle convenzioni menzionate e la conseguente preminenza delle fonti pattizie, assicurata grazie al viatico dell'art. 117 Cost., hanno circoscritto lo spazio applicativo dell'art. 11 c.p. e determinato la consacrazione del *ne bis in idem* quale principio internazionale generalmente riconosciuto.

Il primo rilevante tassello di questo percorso evolutivo è costituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui tutti i membri del Consiglio d'Europa hanno aderito.

L'art. 4 del Protocollo 7 CEDU, infatti, firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984, dispone che *"Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato"*.

Un nuovo procedimento può essere riaperto solo se sono emersi fatti nuovi, nuovi elementi di prova o se nel primo procedimento è stato commesso un errore relativo alle regole procedurali (cd. *retrial*).

La Commissione europea dei diritti dell'uomo, tuttavia, riconosceva alla garanzia rappresentata dal divieto di procedere *in idem* un'efficacia limitata *"au plan national"*; un indice, questo, confermato a più riprese anche dalla giurisprudenza interna dei singoli Stati.

Si è resa così necessaria un'ulteriore svolta, realizzatasi con la Convenzione Applicativa dell'Accordo di Schengen.

Quersta, sottoscritta il 19 giugno 1990, è stata resa esecutiva con l. 30 settembre 1993, n. 388 ed è entrata in vigore nell'ordinamento giuridico italiano nel 1997. Nel 2007 anche la Polonia vi ha aderito.

La CAAS si occupa del *ne bis in idem* agli artt. 54 – 58.

L'art. 54, in particolare, sancisce che *"una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge della Parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita"*.

Tre sono dunque i requisiti previsti dalla CAAS per l'applicazione del *ne bis in idem*: la presenza di una sentenza passata in giudicato che abbia condotto un accertamento su un determinato fatto di reato; l'eventuale celebrazione di un nuovo processo avente ad oggetto *"i medesimi fatti"*; il triplice riferimento (da considerare come variante alternativa) ad una pena eseguita, in corso di esecuzione o non più eseguibile.

Originariamente i presupposti indicati dall'art. 54 dovevano essere interpretati dai tribunali penali nazionali. Ciò aveva inevitabilmente determinato un'applicazione eterogenea della convenzione in parola.

Quando poi l'eredità di Schengen è stata trasferita con il trattato di Amsterdam (1999) nell'alveo del diritto dell'Unione Europea, è stata inaugurata la competenza della Corte di Giustizia nel garantire l'applicazione e l'interpretazione uniforme del diritto europeo in tutti gli Stati membri.

Gli accordi di Schengen sono così divenuti parte integrante dell'aquis comunitario.

Da un punto di vista strutturale, l'art. 54 trova applicazione a prescindere dalla procedura di riconoscimento della sentenza straniera, disciplinata dagli artt. 730 ss. c.p.p..

L'art. 55 CAAS, inoltre, ha dato la possibilità alle Parti contraenti, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione del trattato, di dichiararsi non vincolate all'applicazione del *ne bis in idem* di cui all'art. 54 nei seguenti casi: quando i fatti oggetto della sentenza sono avvenuti in tutto o in parte sul territorio nazionale; quando costituiscono un reato contro la sicurezza o gli interessi essenziali della Parte; quando sono stati commessi da un pubblico ufficiale della Parte in violazione dei doveri d'ufficio.

L'Italia con l. 30 settembre 1993 n. 388 ha aderito a queste deroghe, ispirate rispettivamente al principio di territorialità, ad esigenze legate alla sicurezza nazionale, al rapporto privilegiato tra lo Stato e il pubblico ufficiale giudicato all'estero.

L'art. 56 della CAAS enuncia il cd. principio di compensazione, in virtù del quale anche quando il *ne bis in idem* non opera (sussistendo le ipotesi derogatorie sopra citate), resta fermo il dovere dello Stato che procede secondariamente di detrarre i periodi di presofferto scontati sulla base della condanna irrogata dal primo Stato; un elemento, questo, indispensabile per salvaguardare gli indispensabili canoni di proporzionalità di una pena.

L'art. 57 della CAAS, inoltre, prevede la possibilità per lo Stato che ha motivo di ritenere che "l'imputazione riguarda gli stessi fatti per i quali la persona è già stata giudicata in un'altra Parte contraente con sentenza definitiva" di chiedere a quest'ultima

informazioni rilevanti, instaurando così un'attività di collaborazione, che dovrà essere condotta con rigore e tempestività. Le informazioni, infatti, dovranno essere fornite "al più presto possibile", dovendo lo Stato che le richiede decidere se perseguire o meno la propria attività accertativa.

L'art. 58, infine, in omaggio al principio del *favor rei*, stabilisce che "Le precedenti disposizioni non sono di ostacolo all'applicazione di disposizioni nazionali più ampie, concernenti l'effetto «ne bis in idem» attribuito a decisioni giudiziarie straniere".

La CAAS ha trovato ulteriore conforto nella giurisprudenza di legittimità che, dopo un'iniziale fase di diffidenza (Cass., Sez. I, 3 luglio 1997 n. 4625), si è mostrata favorevole al principio ivi espresso.

Secondo la Corte di Cassazione l'art. 54 ha "determinato l'istituzione di un'area giudiziaria europea" (Cass., Sez. I, 3 dicembre 2002 n. 801) e il suo spazio applicativo, tendenzialmente generale, si restringe solo per quei Paesi che non hanno manifestato la loro adesione alla Convenzione in parola (sul punto cfr. Cass., Sez. I, 20464/2013 e da ultimo Cass., Sez. I, 12 giugno 2014 n. 29664).

Anche le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea hanno sottolineato il rilievo sotteso al principio sancito dalla CAAS: il *ne bis in idem* si fonda sulla *reciproca fiducia* riposta dagli Stati nei rispettivi sistemi di giustizia penale. Ciascuno di questi, in altre parole, "accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse" (sentenza 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01).

L'ultima tappa di questo percorso evolutivo, essenziale per comprendere l'attuale portata del principio internazionale del *ne bis in idem* e le sue ricadute applicative, è rappresentata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale all'art. 50 dispone che "nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge".

L'art. 50 garantisce il principio del *ne bis in idem* tanto in una prospettiva interna, vietando allo stesso Stato che già si è pronunciato su un determinato fatto di reato d'intraprendere un nuovo processo, quanto in una prospettiva internazionale, rivolgendosi questa volta all'iniziativa eventualmente proveniente dagli altri Stati membri.

Come la CAAS, la Carta di Nizza è divenuta parte integrante del diritto comunitario, quando, a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona nel 2007, è stata equiparata ai trattati.

A differenza di quanto accade nell'ordinamento giuridico italiano, nel quale il *ne bis in dem* sancito dalla Carta di Nizza è direttamente ed immediatamente applicabile, in Polonia l'art. 50 può essere considerato vincolante solo in via mediata.

Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito, così recita: "La Carta non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma. In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, *salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno*".

Da questa disposizione normativa si evince che la Polonia è vincolata alla Carta di Nizza solo nella misura in cui prevede nel proprio ordinamento interno i diritti che la convenzione sancisce.

Questo accade proprio nel caso sottoposto all'esame di questa Corte.

Il codice di procedura penale polacco, infatti, disciplina all'art. 17, par. 1, punto 7 il divieto del *ne bis in idem* utilizzando una formula del tutto conforme all'art. 50 della Carta di Nizza.

Si riporta testualmente l'articolo nella versione inglese: "*Criminal proceedings shall not be instituted, or, if previously instituted, shall be discontinued, when criminal proceedings concerning the same act committed by the same person has been validly concluded or, if previously instituted, is still pending*".

Attraverso l'art. 17, par. 1, punto 7 k.p.k. la Polonia è comunque vincolata alla Carta di Nizza. Da ciò discende l'azionabilità nell'ordinamento giuridico polacco del *ne bis in idem* internazionale secondo la formulazione contenuta nell'art. 50.

La *littera legis* della Carta di Nizza è più stringata rispetto a quella caratterizzante la CAAS, non prevedendo deroga alcuna, né subordinando l'efficacia del *ne bis in idem* al carattere esecutivo della sentenza.

I tratti differenziali presenti nell'art. 54 CAAS e nell'art. 50 della Carta di Nizza hanno sollevato la questione relativa ad una possibile, reciproca influenza delle norme considerate in punto di applicazione.

Si è occupata della questione la Corte di Giustizia dell'Unione europea nel giudizio Spasic (cfr. *Corte di Giustizia Causa C-129/14 PPU*), nel quale, confermando la compatibilità delle disposizioni normative, ha rilevato che "La condizione supplementare contenuta all'articolo 54 della CAAS costituisce una limitazione del principio del *ne bis in idem* che è compatibile con l'articolo 50 della Carta [...]. La condizione di esecuzione prevista all'articolo 54 della CAAS non rimette in discussione il principio del *ne bis in idem* in quanto tale. Infatti, la suddetta condizione è segnatamente intesa ad evitare che un soggetto che è stato giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente non possa più essere perseguito per i medesimi fatti in un secondo Stato contraente e resti quindi, in definitiva, impunito quando il primo Stato di condanna non ha fatto eseguire la pena inflitta. [...] Di conseguenza, si deve ritenere che una disposizione come l'articolo 54 della CAAS rispetti il contenuto essenziale del principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 50 della Carta".

L'entrata in vigore della CAAS ha segnato il cambio di passo della giurisprudenza di legittimità italiana che, graniticamente ancorata all'art. 11 c.p., all'inizio negava l'esistenza del principio del *ne bis in idem* internazionale.

A distanza di circa un anno, infatti, la Corte di Cassazione ha iniziato a riconoscerlo e, considerando sullo stesso piano una condotta realizzata interamente in Italia e una dispiegata invece in più Stati membri, ha disapplicato l'obbligo di rinnovazione del giudizio disposto dall'art. 11 c.p. (cfr. *Cass., Sez. I, 2 dicembre 1998, n. 13558*).

Le pronunce della giurisprudenza di legittimità che sono seguite hanno contribuito a delineare la portata e i limiti dell'istituto.

La Corte di Cassazione, ricollegandosi ad un orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha affermato l'operatività del *ne bis in idem* internazionale non solo

in presenza di una sentenza di assoluzione o di condanna, ma anche di un provvedimento d'archiviazione, a patto però che questo sia motivato nel merito. Il soggetto interessato, in altre parole, deve adempiere "l'onere di dimostrare, eventualmente mediante la produzione degli atti del giudizio o dei verbali di causa, che con il provvedimento di archiviazione è stato compiuto un apprezzamento nel merito circa l'infondatezza della notizia di reato, con conseguente giudizio di non colpevolezza, suscettibile di passaggio in cosa giudicata e di esplicitare pertanto un'efficacia preclusiva all'instaurazione di altro giudizio" (*Cass., Sez. II, 18 gennaio 2007, n. 7385, Cass. S.U., 22 marzo 200, n. 9*).

Questa prospettiva era stata avallata già dalla Corte Costituzionale, rilevando che "in carenza di autorizzazione del giudice a riaprire le indagini, è la instaurabilità di un nuovo procedimento e quindi la "procedibilità" ad essere impedita" (*Corte Cost. 19 gennaio 1995 n. 27*).

Alcuni spunti interessanti sono forniti anche dalla giurisprudenza di merito, che proprio di recente, recependo l'orientamento espresso sul punto dalla Corte EDU (cfr. *Corte EDU, Grand Chamber, 10 febbraio 2009, Zolotukhin v. Russia e da ultimo Corte EDU, Grande Stevens e altri contro Italia, dep. il 4 marzo 2014*), ha dichiarato l'improcedibilità dell'azione penale per uno stesso fatto posto in essere dal medesimo soggetto anche a fronte di sanzioni applicate in procedimenti amministrativi o disciplinari che assumono però la natura di procedimenti penali per il grado di severità della pena (*Tribunale di Brindisi, s. n. 2881/2014*).

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, infine, si è pronunciata a più riprese sul tema della medesimezza del fatto; un presupposto, questo, indispensabile ai fini dell'applicabilità del principio in parola.

La medesimezza del fatto postula un'identità soggettiva, caratterizzata dall'essere uno stesso soggetto sottoposto a procedimento penale in due o più Stati, e un'identità oggettiva, sulla quale a lungo si è dibattuto, dal momento che alcuni la identificano con la nozione di reato, mentre altri con i fatti materiali, così come concretamente si sono svolti.

Un orientamento, allo stato minoritario, infatti, ritiene applicabile il principio del *ne bis in idem* internazionale solo quando gli Stati coinvolti qualificano da un punto di vista giuridico allo stesso modo la fattispecie concreta sottoposta al loro esame.

L'impostazione opposta, al contrario, è favorevole ad un'interpretazione estensiva del concetto di "stesso fatto", considerato nella sua materialità concreta e iscritto in una precisa orbita spazio – temporale.

Questa ricostruzione si avvale anche di un riferimento normativo: l'art. 54 CAAS, infatti, utilizza il termine di "fatti" e non quello di "reato", mostrando con ciò di aderire alla secondo dei due orientamenti esposti. D'altra parte, anche l'art. 50 della Carta di Nizza, pur riferendosi al "reato", non deve essere interpretato secondo le coordinate proposte dalla tesi restrittiva, traducendosi, altrimenti, in un'irragionevole limitazione di quello che ormai è considerato un diritto fondamentale della persona.

La Corte di Giustizia ha aderito a più riprese alla tesi estensiva, delineando la nozione di *idem factum*. Nel caso *van Esbroek*, ad esempio, ha precisato che l'art. 54 CAAS "si riferisce all'aspetto materiale dei fatti in causa restando esclusa la loro qualificazione giuridica". [...] "Il principio "ne bis in idem" [...] implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati contraenti nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati contraenti anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse. [...] L'eventualità di qualificazioni giuridiche diverse dei medesimi fatti in due Stati contraenti diversi non può ostare all'applicazione dell'art. 54 della CAAS. [...] Alla luce di quanto sopra, *l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 della CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro*" (Corte di Giustizia 2006 – C – 436/04 "van Esbroeck").

Le considerazioni di cui sopra sono state ribadite anche nel caso *van Straaten* (Corte di Giustizia, 28 settembre 2006, causa C – 150/05), nel caso *Kraaijenbrink*, riguardante la realizzazione reato continuato (Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, causa C – 367/05), infine nel caso *Kretzinger* (Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, causa C – 288/05).

Un altro requisito essenziale all'applicazione del *ne bis in idem* è rappresentato dall'esistenza di una decisione definitiva, avverso la quale non è più possibile esperire gli ordinari mezzi d'impugnazione.

Nelle sue traduzioni l'art. 54 non fa riferimento ad un provvedimento che rivesta la forma della sentenza. Si pensi all'espressione inglese "*finally disposed*", a quella tedesca "*rechtskräftig abgeurteilt*" o a quella francese "*définitivement jugée*".

Nell'ordinamento giuridico italiano ai sensi dell'art. 649 c.p.p. rientrano nella categoria dei provvedimenti definitivi la sentenza di condanna, la sentenza di proscioglimento e il decreto penale di condanna, nonché – secondo un orientamento pacifico – la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444 ss. c.p.p.), la sentenza pronunciata a seguito di un giudizio abbreviato (artt. 438 ss. c.p.p.), la sentenza predibattimentale di non luogo a procedere di cui all'art. 469 c.p.p.

La Corte di Giustizia, intervenuta per precisare i contenuti di questo presupposto, nelle cause riunite *Gözütok e Brügger*, interpretando estensivamente le maglie dell'art. 54 CAAS, ha ritenuto sussistente il *ne bis in idem* anche quando l'azione penale si sia estinta a seguito di una transazione effettuata tra il pubblico ministero e l'imputato, senza che l'intervento dell'autorità giurisdizionale abbia mai avuto luogo (*Corte di Giustizia, 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, Gözütok e Brügger*).

Analogamente a quanto accaduto in materia di *idem factum*, la Corte di Giustizia ha abbandonato un orientamento formalistico, dando prevalenza all'effettiva consumazione dell'azione penale.

Nel caso *Turansky*, invece, la Corte di Giustizia ha precisato che un provvedimento di sospensione del procedimento penale emanato da un'autorità di polizia, che non estingue l'azione penale e non è ostativo all'instaurazione di un nuovo processo, non possa essere considerato un provvedimento definitivo, rilevante ai fini dell'applicazione del divieto del *ne bis in idem*, dal momento che non ha autorità di cosa giudicata nel Paese in cui è stato emesso (*Corte Giust., sez. VI, 22 dicembre 2008, causa C-491/07, Turansky*).

Nella sentenza *Gasparini* la Corte di Giustizia ha ritenuto che una pronuncia di assoluzione pronunciata in uno Stato membro a causa della prescrizione del fatto possa rientrare nella categoria delle sentenze definitive indicata dall'art. 54 CAAS anche quando sussiste una divergenza di disciplina tra i Paesi coinvolti in punto di maturazione dei termini di prescrizione (*Corte Giust., 28 settembre 2006, C-467/2004, Gasparini*).

Lo stesso può dirsi quando un imputato sia stato assolto per mancanza di prove e quindi per l'impossibilità di attribuirgli la particolare condotta oggetto di valutazione giudiziale (*Corte Giust.*, 28 settembre 2006, C – 150/2005, *Van Straaten*).

I singoli ordinamenti, dunque, sono tenuti ad applicare il *ne bis in idem* internazionale nel rispetto delle coordinate ermeneutiche indicate dalla Corte di Giustizia e degli orientamenti recepiti dalla giurisprudenza interna.

Le considerazioni svolte inducono questa Corte a ritenere sussistente il principio internazionale del *ne bis in idem* nel caso di specie.

Lo svolgimento di un processo in Polonia riguardante la medesima vicenda svoltasi in Italia impedisce la celebrazione di un nuovo processo riguardante gli stessi fatti.

Nonostante il p.m. polacco abbia disposto l'archiviazione del reato di omicidio, si è verificata comunque l'effettiva consumazione dell'azione penale con riguardo alla vicenda concretamente dispiegatasi sul territorio napoletano.

Dopo aver preso contezza del contenuto della sentenza d'appello polacca, anche la Pubblica Accusa ha ritenuto già espletato un accertamento in *idem factum* e ultronea l'eventuale prosecuzione del processo dinanzi a questa Corte.

Il principio di territorialità, che imporrebbe l'applicazione della legge italiana a fatti sviluppatasi all'interno del suo raggio d'azione, è superato dall'esistenza di un principio che travalica i confini dei singoli Stati e che, esteso in ambito internazionale, è divenuto parte integrante del diritto europeo.

L'Italia e la Polonia sono entrambe vincolate ai dettami del *ne bis in idem*, così come formulato dalla CEDU, dalla CAAS e dalla Carta di Nizza, e sono tenute a rispettarlo anche quando l'utilizzo di strumenti giuridici propri della legge italiana avrebbe potuto determinare un'evoluzione diversa del processo. L'ordinamento giuridico italiano, infatti, prevede all'art. 116 c.p. l'istituto del concorso anomalo, che consente di estendere la responsabilità penale a taluno dei concorrenti, quando gli altri realizzano un reato diverso da quello inizialmente pattuito, oltrepassando così i confini del comune progetto criminoso.

Il principio internazionale del *ne bis in idem* si radica, infatti, sulla reciproca fiducia che i singoli Stati ripongono negli istituti giuridici esistenti negli altri ordinamenti.

La fiducia risposta dall'ordinamento italiano nell'accertamento processuale posto in essere in Polonia impedisce a questa Corte la celebrazione di un processo per il medesimo fatto.

Ne consegue che in virtù degli artt. 4 Protocollo 7 CEDU, 54 CAAS, 50 Carta di Nizza, 129 c.p. va dichiarata la improcedibilità dell'azione penale, essendo stato l'imputato già giudicato in Polonia per il medesimo fatto.

Tale declaratoria comporta la inefficacia della misura cautelare disposta e del conseguente Mandato di Arresto Europeo.

La novità e complessità della questione giustifica la indicazione, ai sensi dell'art 544, 3 comma, cpp del termine di giorni novanta per il deposito dei motivi.

P Q M

Letto l'art 129 cpp., dichiara non doversi procedere nei confronti di K perché già giudicato.

Dichiara la inefficacia del MAE.

Indica in giorni novanta il termine per il deposito dei motivi

Così deciso in Napoli il 4 novembre 2014

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

EGLE PILLA

N. R.G. GIP

N. R. G. N. R

N. Sent.

**TRIBUNALE DI NAPOLI**

Ufficio del Giudice per le indagini preliminari

VIII sezione

---

**REPUBBLICA ITALIANA**

In nome del Popolo Italiano

Il Giudice dell'udienza preliminare, dott. Egle Pilla, all'udienza del ha pronunciato nel procedimento penale n ..... R.G. GIP., la seguente

**SENTENZA**

nei confronti di

**CAIO nato**, residente ed elettivamente domiciliato in  
attualmente detenuto per questo procedimento presso la suindicata abitazione presso la  
suindicata abitazione

**Detenuto agli arresti  
domiciliari non comparso**

**TIZIO ( omissis)**

**Imputati**

**Entrambi**

A)del reato p. e p. dagli artt.110, 628 co. 1 e 3 n.1 c.p. perché, in concorso ed unione tra loro, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, dopo essersi avvicinati a bordo di un motoveicolo a Sempronio e Gallia, mediante violenza e minacce consistite nell'afferrare per il collo il predetto Sempronio e nell'intimargli di consegnare loro il proprio telefono cellulare, prospettandogli che altrimenti lo avrebbero accoltellato si impossessavano del telefono cellulare I phone avente IMEI ..... con relativa scheda SIM, di proprietà dello stesso Sempronio sottraendola al medesimo.

in ..... il ....

**il solo Caio**

**B) del reato p. e p. dall'art. 385 c.p.** perché, essendo sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari in relazione al reato indicato al capo A) applicata i con l'ordinanza N. OCC emessa dal GIP di Napoli in data ..... – presso il suo domicilio sito in ..... se ne allontanava

In Portici dal 25 gennaio 2014 sino al 5 febbraio 2014

**Conclusioni:** il P.M.: ritenuto piu' grave il reato di cui al capo A) previo riconoscimento del vincolo della continuazione con il reato di cui al capo B) e con la diminuzione del rito: anni 3 e mesi 4 di reclusione e 1000,00 euro di multa.

la difesa: Assoluzione per non aver commesso il fatto, quanto meno ai sensi dell'art.530 cpv c.p.p; in subordine: previo riconoscimento delle attenuanti generiche e dell'attenuante di cui all'art.62 n.4 c.p., minimo aumento per il riconoscimento del vincolo della continuazione con il reato di cui al capo B e con la diminuzione del rito: minimo della pena.

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E

##### MOTIVI DELLA DECISIONE

In seguito alla emissione di decreto di giudizio immediato in data 7.8.2014 nei confronti degli imputati di cui in epigrafe, l'imputato Caio in data 30.9.2014 attraverso il difensore e procuratore speciale avanzava richiesta di definizione del procedimento nelle forme del rito abbreviato subordinato ad integrazione istruttoria( escussione a ss.ii. tt. di X e Y ai fini della prova di alibi). Il Gup sede, con ordinanza emessa inaudita altera parte, in data 21.10.2014 rigettava la richiesta di giudizio abbreviato condizionato all'integrazione istruttoria nei termini richiesti e '*...disponeva la trasmissione del fascicolo per l'ulteriore corso nelle forme del rito ordinario ...*'

In data 27.11.2014, dinanzi al Tribunale in composizione collegiale, la difesa in sede di esame delle questioni preliminari, eccepiva la nullità dell'ordinanza pronunciata dal GUP in data 21.10.2014 in quanto pronunciata *inaudita altera parte*, senza previa instaurazione del contraddittorio tra le parti. Richiamava la pronuncia della Suprema Corte a sez. un.28.4.2011 n.30220 nonché una pronuncia di legittimità piu' recente(Cass.II sez. pen. 8.6.2012 n.22253) che ribadivano la necessità di una verifica

dell'ammissibilità dell'integrazione probatoria nel contraddittorio delle parti e qualificavano siffatta nullità come nullità a regime intermedio.

Il Tribunale accoglieva l'eccezione e rinviava gli atti al Gip perché si procedesse in contraddittorio tra le parti alla valutazione della condizione istruttoria cui era subordinata la richiesta di abbreviato.

A seguito di assegnazione del processo a questo Ufficio, questo Giudice fissava udienza camerale per la data del 12.1.2015. In tale data le parti presenti si riportavano alle rispettive richieste; la difesa del Caio richiedeva in subordine, nell'ipotesi di rigetto della richiesta di abbreviato, l'ammissione al rito abbreviato semplice. Questo Giudice rigettava con ordinanza letta ai presenti ai sensi dell'art.148 comma V c.p.p. la richiesta di giudizio abbreviato condizionato e ammetteva la richiesta di giudizio abbreviato 'secco' fissando per la celebrazione dello stesso l'udienza del 9.2.2015.

All'odierna udienza, le parti concludevano come in epigrafe, e il Giudice pronunciava sentenza di cui dava lettura del dispositivo in udienza.

Ritiene questo Giudice che è accertata la penale responsabilità dell'imputato.

L'affermazione della penale responsabilità si fonda sulle risultanze:

- 1) della denuncia presentata dalla persona offesa Sempronio;
  - 2) delle ss.ii.tt. rese da Gallia
  - 3) del verbale di fermo dei CC. .... del .....
  - 4) degli atti di riconoscimento fotografico e di individuazione di persona;
- 3 delle dichiarazioni rese in sede di convalida.

#### **I fatti**

Ed infatti risulta dagli atti contenuti nel fascicolo processuale che:

In data 14.10.2013 Sempronio, intorno alle ore 9.30, si reca presso la stazione di CC. di Portici per denunciare una rapina dallo stesso subita la sera precedente. Riferisce il Sempronio che, mentre passeggiava intorno alle ore 20.00 della sera precedente in compagnia della fidanzata Gallia lungo via ....., all'altezza dell'incrocio con via ..... un motoveicolo di colore grigio modello Honda SH, di cui non era riuscito a rilevare il numero di targa, con a bordo due giovani sprovvisti di casco, si era

a loro avvicinato. Uno dei due giovani lo aveva afferrato per il collo e, minacciando di accoltellarlo portando la mano sulla tasca sinistra dei pantaloni, gli aveva intimato di consegnargli il telefono cellulare che Sempronio aveva in tasca. I due giovani si erano posizionati in modo da impedire al Sempronio e alla fidanzata di scappare. Intimorito dalla minaccia, Sempronio aveva consegnato il telefono cellulare Iphone ai due giovani che si erano dileguati velocemente nelle vie vicine.

In sede di denuncia il Sempronio forniva altresì una descrizione dei due rapinatori :

Si trattava di due giovani tra i 18 e i 24 anni, di corporatura snella; colui che lo aveva afferrato al collo era alto circa m.1,75, con viso ovale e leggera barba con jeans scuro e maglietta scura , mentre il complice di altezza simile indossava un jeans chiaro ed un cappellino verde. Era riconoscibile un accento napoletano .

Poiché il Sempronio riferiva di essere in grado di riconoscere i suoi rapinatori, gli era mostrato un album fotografico: il denunciante riconosceva Tizio come uno degli autori della rapina .

In quella stessa giornata era escussa la fidanzata del Sempronio, Gallia , la quale confermava le circostanze da lui narrate e forniva anch'ella una descrizione dei due rapinatori aggiungendo un particolare significativo e cioè che il conducente del motoveicolo indossava orecchini con brillantino ad entrambi i lobi. A seguito dell'esibizione degli album fotografici la ragazza riconosceva Caio e Tizio come gli autori della rapina .

In sede di interrogatorio all'udienza di convalida:

- l'allora coindagato Tizio negava gli addebiti riferendo di essere stato in famiglia la sera della rapina. Aggiungeva di conoscere il Caio, ma unicamente perché frequentavano il medesimo circolo ricreativo;

- Il Caio negava gli addebiti ; riferiva che la sera dei fatti dalle ore 18.00 si era fermato presso il centro scommesse di ..... con alcuni amici ( a circa 110 metri da luogo in cui si era svolta la rapina ). Quindi intorno alle 22.00 si era recato alla festa di compleanno del cugino in ..... Escludeva di conoscere Tizio.

Il Gip della cautela emetteva ordinanza cautelare nei confronti dei due giovani ravvisando la sussistenza di un grave quadro indiziario.

IN data 7.11.2013 , su delega del PM, la PG procedeva ad individuazione di persona ad opera di Sempronio e di Gallia, I due giovani riconoscevano nel Caio e nel Tizio gli autori della rapina in loro danno e precisamente individuavano il Caio come colui che aveva afferrato al collo il Sempronio.

IN data 12.12.2013 . a seguito di nuova emissione dell'ordinanza cautelare( caducata una prima volta per motivi formali), Il Tribunale dell'impugnazione cautelare confermava l'impugnata ordinanza, applicativa degli arresti domiciliari .

**L'episodio di cui al capo B)**

In data 5.2.2014 i CC. di ..... procedevano ad arresto di Caio in quanto , pur se sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari in virtu' del sopra richiamato titolo cautelare presso la sua abitazione sita in....., sin dal 25.1.2014 sin rendeva irreperibile presso il suindicato domicilio . Lo ritrovavano presso l'abitazione della zia di Caio e lo arrestavano . In sede di convalida dell'arresto il Caio spiegava di essersi allontanato dall'abitazione presso la quale risultava ristretto perché costretto in ragione dei litigi con il fratello .

Il Gip della convalida emetteva ordinanza di custodia in carcere e il Gip della cautela relativa al reato di rapina aggravava il precedente titolo custodiale ( il regime cautelare era successivamente con ordinanza Gip sede nuovamente ripristinato in quello degli arresti domiciliari).

Alla stregua dei predetti elementi di prova risulta comprovata la condotta contestata nei suoi elementi costitutivi: in relazione alle minacce con violenza sulla persona e all'impossessamento con il conseguente ingiusto profitto . Quanto al reato di evasione appare pacifica la violazione del regime degli arresti domiciliari attraverso l'arbitrario allontanamento dell'imputato dall'abitazione in cui si trovava ristretto.

Già del resto il Gip della cautela ( confermato dal Giudice del gravame cautelare) aveva ravvisato a carico del Caio la sussistenza della gravità indiziaria emettendo misura cautelare coercitiva .

La prova di alibi costituita dai testimoni oculari che avrebbero visto il Caio all'interno del centro scommesse in ..... la sera della rapina ( in relazione alla quale l'imputato aveva avanzato richiesta di integrazione istruttoria) appare irrilevante: come dichiarato dallo stesso Caio in sede di interrogatorio di garanzia, la distanza tra il

circolo e il luogo della rapina è veramente minima; ben avrebbe potuto il Caio allontanarsi per pochi minuti dal circolo per consumare il delitto anche in considerazione dell'estrema rapidità con cui si è consumata l'azione delittuosa. A ciò si aggiunga la significativa discrasia esistente tra le dichiarazioni di Tizio e del Caio su una circostanza determinante : la loro reciproca conoscenza. Caio ha riferito che si conoscevano proprio in quanto frequentavano il medesimo circolo ricreativo laddove il Battaglia ha negato di conoscere il suo complice .

Quanto alle discrasie evidenziate dalla difesa circa la inesatta descrizione del rapinatore ad opera delle vittime( Il Sempronio aveva parlato di un uomo con un accenno di barba , mentre la fidanzata aveva riferito di un uomo con dei baffetti) non si ritiene che questo differente particolare fisiognomico possa inficiare gli atti di riconoscimento fotografico e di individuazione di persona quanto mai precisi e dettagliati.

Il delitto è pluriaggravato sia dalla presenza di più persone che hanno agito non solo in concorso ma anche in unione tra loro essendo entrambi i rapinatori presenti sul luogo del delitto, sia dall'uso delle armi; quanto a quest'ultima circostanza pur non essendo stato rinvenuto alcun coltello, va evidenziato che la persona offesa ha riferito con precisione che il rapinatore ha poggiato la mano sulla tasca dei pantaloni minacciando di sfilare un coltello e questa è la percezione precisa che ha vissuto la persona offesa tale da poter configurare l'aggravante contestata .

Nè sono state introdotte da parte della difesa prove che abbiano smentito o contraddetto quanto si è evinto dagli atti processuali .Pertanto non appare dubbia l'integrazione della fattispecie contestata sussistendone tutti gli elementi

Circa la pena, tenuto conto degli indici di commisurazione di cui all'art. 133 cp:

a) non si ravvisano i presupposti per la concessione delle attenuanti di cui all'art.62 bis c.p. ( in ragione della gravità e della odiosità della condotta tenuta e della inosservanza delle imposte prescrizioni, circostanza quest'ultima rivelatrice di un'indole trasgressiva);

b) può riconoscersi il vincolo della continuazione con il reato di cui al capo B) per l'esistenza evidente di un medesimo disegno criminoso tra le due condotte ;

-e con la diminuzione del rito ,si ritiene equa la pena di:

-anni 3 e mesi 4 di reclusione e 1000,00 euro di multa così determinata ( p.b., ritenuto piu' grave il reato di cui al capo A) : anni 4 e mesi 11 di reclusione ed euro 1300,00 di multa, aumentata per il riconoscimento del vincolo della continuazione con il reato di cui al capo B): anni 5 di reclusione e 1500,00 euro di multa ridotta per il rito alla pena di cui sopra .

Alla condanna consegue per legge l'obbligo di pagare le spese processuali e di custodia cautelare in carcere.

Ai sensi dell'art.29 c.p. consegue per l'imputato la condanna alla pena accessoria dell'interdizione dai PPUU per la durata di anni cinque

**P.Q.M.**

Letti gli artt. 441, 533, 535 c.p.p e ss. c.p.p. dichiara l'imputato Caio colpevole dei reati ascritti, riconosciuto il vincolo della continuazione e con la diminuzione del rito , lo condanna alla pena di anni 3 e mesi 4 di reclusione ed euro 10000,00 di multa nonché al pagamento delle spese processuali e di custodia cautelare in carcere.

Letti gli artt 29 e ss. c.p. condanna l'imputato alla pena accessoria dell'interdizione dai PP.UU. per anni cinque .

Napoli 9.2.2015

Il GUP  
(dott. Egle Pilla)

ANTONIO BALDASSARRE

N. <u>xxxxxx/xx</u> Reg. Not. Reato N. <u>xxxxxx/xx</u> Reg. Dibatt.	N. <u>xxxxxx/14</u> Sentenza	Depositata in cancelleria Il .....
<div style="text-align: center;">  <p><b>TRIBUNALE DI NAPOLI</b>                      Sezione 1<sup>a</sup></p> <p><i>REPUBBLICA ITALIANA</i>  <i>IN NOME DEL POPOLO ITALIANO</i></p> <p>Il Giudice Monocratico                      Dott. Antonio BALDASSARRE all'udienza del 23/10/2014 ha                      emesso la seguente</p> <p style="text-align: center;"><b>SENTENZA</b></p> <p>nel procedimento a carico di  <u>XXXXXXX</u>, nato a <u>XXXX</u> il <u>XX</u>                      libero, assente già presente                      difeso di fiducia dall'Avv. <u>XXXX</u> (presente) e <u>XXX XX</u>(assente)  <b>IMPUTATO</b>                      con <u>XXXXXXX</u>, per la quale si procede separatamente                      del delitto p. e p. dagli artt. 110 567 c.p. perché in concorso tra lo-                      ro, dichiarando falsamente nell'atto di nascita effettuato dinanzi                      all'ufficiale dello Stato Civile del Comune di Napoli – Pendino                      che il neonato partorito da <u>XXXXXXX</u> presso l'Ospedale della SS                      Annunziata in data 6/10/2005 alle ore 00,40 al quale davano il                      nome di <u>XXXXXXX</u>, era figlio naturale di <u>XXXXXXX</u>, alteravano lo                      stato civile del predetto neonato.                      In Napoli il <u>XX/XX/XXXX</u></p> <p style="text-align: center;"><b>CONCLUSIONI</b></p> <p>P.M.: condanna alla pena di anni sei di reclusione</p> <p>DIFESA: assoluzione perché il fatto non sussiste, in subordine mi-                      nimo della pena.</p> </div>		Data avviso depositato: Al PG: _____ Al PM: _____ Data notifica estratto: _____ Tipo notifica: _____

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

Con decreto di rinvio a giudizio del 29/6/2012, il GIP di questo Tribunale ha disposto la comparizione di XXXXXX e XXXXXX innanzi al giudice in precedenza titolare di questo ruolo, per l'udienza del 4/7/2013; entrambi erano chiamati a rispondere del grave reato di cui all'imputazione che precede loro ascritto in concorso.

All'udienza così fissata, poi tenuta dallo scrivente, nelle more subentrato nella titolarità del ruolo, nessuno dei due imputati è comparso, così che, sentite le parti, non risultando alcun impedimento per nessuno dei due ne è stata dichiarata la contumacia; entrambi infatti erano stati raggiunti da regolare notifica del decreto, per la XXXXXX eseguita a mani del difensore di ufficio, in quanto in applicazione del regime processuale a suo tempo vigente la donna era stata dichiarata irreperibile. Il processo è stato poi rinviato in via preliminare, per l'assenza dei testi di lista del PM.

Alla successiva udienza del 21/11/2013, in assenza di questioni preliminari è stato aperto il dibattimento e sono state raccolte e ammesse le richieste istruttorie delle parti, vale a dire le deposizioni orali dei testi della lista del Pubblico Ministero e diversi documenti di cui si dirà dettagliatamente nel prosieguo, tra cui in particolare alcuni di tipo sanitario e giudiziario, inerenti le varie vicende relative al minore venuto alla luce il X/X/XXXX e denunciato all'anagrafe del comune di Napoli con il nome XXXXXX.

Di seguito, sempre a quell'udienza sono stati escussi dapprima il teste Isp. Luciano Piscitelli della Squadra Mobile della Questura di Napoli, che aveva compiuto le indagini di PG e poi l'originaria coindagata nel medesimo procedimento per gli stessi fatti, XXXXXX, la quale è comparsa assistita dal proprio difensore di fiducia ed è stata avvisata della facoltà di non rispondere, a lei accordata nella qualità di indagata per i medesimi fatti, sul conto della quale l'avvocato presente in aula ha riferito che era stata presentata dal PM richiesta di archiviazione, che a suo dire non risultava fino ad allora evasa dal GIP.

Dopo la deposizione della donna e l'acquisizione di un documento / lettera di incarico cui s'era fatto riferimento nel corso della sua deposizione, il processo è stato rinviato al 3/7/2014, allorché s'è dato corso al lungo e invero alquanto defatigante esame dell'imputato XXXXXX.

A quel punto la difesa di XXXXXX ha chiesto espressamente un rinvio per consentire la produzione di documentazione e soprattutto delle fotografie della XXXXXXa cui il primo aveva fatto riferimento nel corso del suo esame; sentito il PM e la difesa della XXXXXX, che si è associata alla richiesta, invero per altre ragioni, il processo è stato rinviato al 18/9/2014, ma in quella sede la difesa di XXXXXX ha richiesto un nuovo rinvio per consentire la ricerca delle fotografie cui l'uomo aveva fatto riferimento nel suo esame e che l'imputato non era stato ancora in grado di consegnare al suo avvocato. Accolta la richiesta, in entrambi i casi con sospensione del decorso dei termini di prescrizione, il processo è stato rinviato al 23/10/2014, allorché la difesa dell'imputato ha presentato alcuni documenti anagrafici la cui rilevanza ha contestualmente illustrato, nonché alcune foto raffiguranti la XXXXXX, che sono state acquisite con il consenso anche delle altre parti.

A quel punto lo scrivente ha dichiarato chiusa l'istruttoria dibattimentale e utilizzabili gli atti acquisiti, dando la parola al PM per la discussione.

Dopo aver raccolto le conclusioni dell'ufficio di Procura, tuttavia, lo scrivente ha dovuto sospendere la discussione, poiché il mutato regime processuale introdotto con la legge 67/2014 e successive modifiche ha imposto una integrale rivisitazione della posizione della XXXXXX, che infatti è stata stralciata.

Come è noto, infatti, dopo l'introduzione della nuova disciplina del processo cd. in absentia, in forza della legge 28 aprile 2014 n. 67, s'era posto il problema della disciplina da applicare ai processi in corso, mancando una norma transitoria e una previsione specifica per i dibattimenti già iniziati. A ciò ha posto rimedio il legislatore dell'agosto ultimo scorso, con la legge n. 118 dell'11 agosto 2014, che ha introdotto alla richiamata legge n. 67 l'articolo 15 bis, il quale prevede al primo comma che le nuove disposizioni si applicano ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della stessa legge 67/2014 (dunque dal 17 maggio 2014), a condizione che nei medesimi procedimenti non sia stato pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado; il secondo comma prevede poi che, in deroga a quanto previsto dal comma 1, le disposizioni vigenti prima dell'entrata in vigore della legge 67/2014 continuino ad applicarsi ai procedimenti che erano già in corso al 17 maggio 2014 quando l'imputato sia stato dichiarato contumace e non sia stato emesso nei suoi confronti il decreto di irreperibilità.

Se ne trae la conclusione innanzitutto che le nuove norme transitorie sono operative già dal 17 maggio 2014 e non dalla data di entrata in vigore della legge 118/2014. Inoltre – e soprattutto per quel che qui specificamente rileva – la disciplina transitoria in parola specificamente richiede che nei processi già in corso nei quali l'imputato sia stato dichiarato contumace si applicano invece le disposizioni previgenti (ivi comprese quelle sulla notificazione all'imputato dell'estratto contumaciale della sentenza di primo grado e le altre garanzie connesse al vecchio regime), salvo il caso di una significativa eccezione: anche nei processi già incorso, infatti, deve trovare applicazione la nuova disciplina del processo in assenza e della relativa presunzione di conoscenza del procedimento, qualora la dichiarazione di contumacia dell'imputato sia stata preceduta dall'emissione di un decreto di irreperibilità (la norma fa riferimento all'articolo 159 del c.p.p. per il caso della notificazione del decreto che dispone il giudizio sia avvenuta mediante consegna al difensore).

In questi casi, insomma, trovando applicazione il nuovo regime del processo in assenza, dovrà verificarsi se la dichiarazione di irreperibilità sottenda anche la mancata conoscenza del procedimento da parte del soggetto dichiarato irreperibile, nel qual caso non si potrà proseguire nella trattazione del processo e dovranno essere disposte le nuove ricerche con la sospensione del processo e dei termini, come prescrive oggi la legge 67/2014. Ciò tuttavia potrebbe anche non verificarsi laddove, nella fase delle indagini preliminari, l'imputato che successivamente sia risultato irreperibile abbia ad esempio nominato un difensore di fiducia, reso interrogatorio etc. e dunque sia possibile proseguire il processo a suo carico, dopo averne dichiarata l'assenza.

Orbene, nel caso in esame, riesaminata la posizione della XXXXXX alla luce del nuovo regime, è emerso che la stessa non era mai stata raggiunta da un qualche atto che ne facesse desumere la effettiva conoscenza del processo a suo carico, né avesse ella compiuto una qualche attività processuale significativa di ciò, come un'elezione di domicilio o la nomina di un difensore di fiducia. Ne è di-

sceso, dunque, che una volta revocato il decreto di irreperibilità, non più compatibile con il nuovo regime processuale, lo scrivente ha dovuto necessariamente stralciare la posizione della XXXXXX, in quanto il dibattimento non poteva proseguire nei suoi confronti, non essendo ella a conoscenza in alcun modo dello stesso. Formato un autonomo fascicolo relativo a detta coimputata, sarà dunque necessario provvedere a nuova notifica a mani proprie del decreto che dispone il giudizio e il processo dovrà necessariamente ricominciare, ma solo dopo che si sarà avuta la prova della conoscenza di esso da parte dell'imputata.

Ciò evidentemente ha imposto altresì di non rallentare ulteriormente il processo anche per il coimputato XXXXXX, per il quale – dunque – dopo lo stralcio, s'è proseguito nelle discussioni orali.

All'esito, lo scrivente si è ritirato in camera di consiglio e ha poi deciso come dalla presente sentenza di condanna di XXXXXX, per le motivazioni che seguono.

L'istruttoria dibattimentale sopra descritta -invero piuttosto impegnativa sia nel suo svolgimento sia nello sviluppo che se ne è tratto in camera di consiglio - ha consentito di giungere a una piena e completa valutazione delle prove a carico dell'imputato XXXXXX e all'affermazione della sua penale responsabilità per il grave delitto ascrittogli, senza dunque scontare le conseguenze di quelle lacune che - a parere di chi scrive – pure si sono manifestate nella fase delle indagini preliminari, per il mancato approfondimento di alcuni profili inerenti le due protagoniste principali di questa vicenda, XXXXXX e XXXXXX. La prima, come s'è visto, è stata dichiarata irreperibile – come consentiva il regime processuale a suo tempo vigente - e, per questo motivo, è rimasta esclusa da un eventuale confronto con l'altro odierno imputato e, comunque, dalla possibilità di fornire un proprio contributo alla ricostruzione dei fatti. L'altra, la XXXXXX, è uscita agevolmente dal processo con una richiesta di archiviazione del PM, adottata – a quanto è dato di capire - sulla scorta della versione dei fatti della donna, poi ribadita al dibattimento, che tuttavia allo scrivente è apparsa invero nient'affatto convincente e del tutto illogica.

Procedendo con ordine nella ricostruzione della vicenda, è bene premettere che la PG aveva avuto notizia della inquietante condizione inerente il bambino XXXXXX partendo da un esposto anonimo che riferiva di un'intricata storia di usura e di compravendita di minori, che si sarebbe consumata all'interno di un appartamento sito in Napoli alla via XXXXXX. Partendo da ciò, ha riferito il teste Piscitelli, il personale della Squadra Mobile aveva compiuto un accertamento in quell'appartamento, dove aveva trovato risiedere un articolato nucleo familiare, che era composto appunto da XXXXXX, dalla di lei madre e da altri familiari, oltre che al marito della stessa XXXXXX, tale XXXXXX, pregiudicato detenuto presso il carcere di xxxx.

Affidato alla XXXXXX c'era anche un bambino di pochi mesi, che fu identificato in XXXXXX, che effettivamente non era figlio della XXXXXX. Escusa a s.i.t. la XXXXXX rendeva la propria versione dei fatti e esibiva una quanto mai precisa lettera di incarico, una sorta di contratto di baby sitter, anomalo nella sua formulazione quanto nella regolamentazione del rapporto che proponeva, su cui si tornerà più avanti.

Di seguito la PG risale a quello che appariva come il padre del minore, l'odierno imputato XXXXXX, che pure venne sentito dapprima come persona informata sui fatti e, infine, alla madre

del bambino, la cittadina ucraina XXXXXXX, che tuttavia non veniva fisicamente rintracciata, né nell'immediatezza delle indagini né nel prosieguo, anche se - invero - può ritenersi con adeguato grado di tranquillità che la donna non si sia allontanata da Napoli, come vedremo meglio anche in seguito e che sarebbe stato possibile rintracciarla nella zona di Porta Capuana, da lei frequentata stabilmente.

Veniva acquisita inoltre la cartella clinica e l'ulteriore documentazione sanitaria inerente il parto della XXXXXXX, corredata delle analisi e di tutti i documenti del caso, nonché una copia dell'atto di nascita del piccolo XXXXXXX, in data XX/X/XXXX, redatto negli uffici della circoscrizione Mercato Pendino del Comune di Napoli e l'estratto per riassunto dello stesso atto di nascita, che recano indicazione del predetto XXXXXXX come figlio di XXXXXXX e di XXXXXXX.

Non venne compiuto alcun accertamento sul sangue o sul DNA del minore per una comparazione con quello del padre, ma vedremo in seguito che in effetti tale analisi si sarebbe rivelata irrilevante.

Non risultano compiute indagini presso l'Ospedale dove fu preso il parto: a suo tempo sarebbe stato agevole, in realtà, identificare e sentire il personale medico, infermieristico e ostetrico che aveva assistito la XXXXXXX e il neonato, che avrebbe potuto offrire altri lumi sulla vicenda.

Sappiamo inoltre che a seguito dei primi accertamenti della Squadra Mobile, la Questura di Napoli, avendo ritenuto che si fosse in presenza di un'alterazione di stato e, comunque, di un affidamento di un minore eseguito in maniera quanto mai anomala e oscura, provvide ai sensi dell'art. 403 cod. civ. all'immediato allontanamento del bambino sia dalla famiglia della XXXXXXX, cui risultava affidato, sia da quella del soggetto dichiaratosi come padre, XXXXXXX e investì della questione la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni.

Venne inoltre informato il giudice tutelare, che a norma dell'art. 354 cod. civ. provvide alla nomina di un tutore del minore e, a quanto è dato di capire - ma sul punto i documenti sono incompleti - venne promossa un'azione di disconoscimento di paternità attraverso la nomina di un curatore speciale. Il Tribunale per i Minorenni, in data XX-XX/X/XXXX con decreto acquisito in copia agli atti del dibattimento, dichiarò la sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale nei confronti XXXXXXX e di XXXXXXX, confermando inoltre il provvedimento di cui s'è detto, di affidamento temporaneo in via di urgenza del minore XXXXXXX a una struttura che, per ragioni di segretezza, non è esplicitata nel decreto stesso. Ai fini del presente processo non v'è stata necessità di approfondire questi aspetti né di mettere a rischio le esigenze di riservatezza sulla sorte successiva del bambino, come avremo modo di esaminare più avanti.

In questo quadro, invero piuttosto stringato, di cui ha riferito con attenzione il teste di PG Ispettore Piscitelli, che avrebbe meritato a suo tempo altri approfondimenti, soprattutto per giungere a una ricostruzione complessiva della vicenda, di modo da attribuire il giusto ruolo a tutti i suoi protagonisti, si collocano le due deposizioni decisive, quella della XXXXXXX e quella di XXXXXXX, che sono state rese entrambe con le garanzie di cui agli artt. 63 e ss. c.p.p., alla presenza dei rispettivi difensori e previ avvertimenti del caso, accuratamente esplicitati dallo scrivente, a seguito dei quali sia l'una che l'altro hanno deciso di buon grado di rispondere. Sia l'una che l'altro hanno avuto modo di fornire le loro quanto mai articolate versioni dei fatti, caratterizzate entrambe da una evidente atten-

zione a non tradire i profili più sconvenienti per le rispettive posizioni. Per entrambi è apparso evidente il tentativo, più maldestro da parte di XXXXXX e solo in apparenza più raffinato da parte della XXXXXX, di stornare da se i sospetti e simulare di esser stati essi vittime di un inutile travisamento e, al contrario, protagonisti innocenti di una vicenda da antologia dei buoni sentimenti, piuttosto che di una fattispecie di significativo rilievo penale.

Ebbene, proprio coniugando tra loro dette due deposizioni e incrociando le ampie ammissioni e le evidenti contraddizioni formulate sia dalla XXXXXX che da XXXXXX, nonché analizzando il tutto in uno con i documenti prodotti sia dal PM che dalla difesa, si giunge all'affermazione della penale responsabilità di XXXXXX - per quel che qui rileva - per il grave delitto a lui contestato, che costituisce l'unica conclusione possibile se si tengono presenti alcuni elementi logici.

In altre parole, il compendio a carico dell'imputato proviene dall'incrocio delle sue dichiarazioni con quelle della iniziale co-indagata XXXXXX, che sono state regolarmente assunte al dibattimento e sono processualmente utilizzabili, confortate e riscontrate dalle indagini di PG e, soprattutto dai documenti acquisiti, oltre ad essere suffragate dalla cd. prova logica che, in alcuni passaggi di cui si dirà, conduce ineluttabilmente alla conferma della ipotesi accusatoria, senza che si possa ricostruire un'altra versione alternativa plausibile dei fatti.

Al fine di meglio comprendere questi ultimi nella loro effettiva dinamica, può essere utile seguirne quello che appare essere il loro filo cronologico più lineare, movendo dunque dalla nascita del piccolo XXXXXX presso l'Ospedale della SS Annunziata dell'ASL NA 1 di Napoli, per come risulta dalla cartella clinica relativa al neonato che è stata prodotta dal PM all'apertura del dibattimento.

Questo documento, infatti, presenta immediatamente un elemento essenziale per la decisione.

Il frontespizio della cartella clinica esibita, acquisita in copia presso la struttura ospedaliera, infatti, è composto da uno stampato che reca una serie di spazi da compilare con le indicazioni specifiche relative al minore, vale a dire il suo nome e cognome, il luogo e la data di nascita, alcuni elementi relativi al parto e alle dimensioni del minore, la data di dimissione dall'Ospedale e, nella parte più in basso, i dati identificativi dei genitori.

Orbene il documento in questione e le modalità del suo riempimento recano le seguenti anomalie: innanzitutto al primo rigo, sotto l'indicazione "Neonato", nello spazio relativo al "cognome" vi è una laconica, ma quanto mai allarmante indicazione: "f[evidentemente sta per figlio] di XXXXXX", mentre nulla viene indicato nello spazio relativo al nome, che con tutta probabilità al momento della redazione iniziale del documento non era stato ancora indicato dalla puerpera. Più sotto sono riportati il giorno di nascita, l'ora di ingresso nel reparto, il peso del neonato, il numero riportato sul bracciale assegnatogli, il peso raggiunto all'atto delle dimissioni e altri dati. Più sotto, nella sezione "genitori" dal lato della madre, nella porzione sinistra, è scritto "XXXXXX 15-9.61", mentre nella porzione destra, nello spazio relativo al padre è indicato chiaramente al rigo del cognome "XXXXXX" e, più sotto, al rigo del nome "XXXXXX", vergati chiaramente con la stessa grafia e dalla stessa mano che sul lato opposto aveva riportato le generalità della madre. Sia il cognome che il nome, però, risultano barrati ciascuno con due tratti di penna obliqui, come a voler cancellare l'indicazione del nominativo del padre compiuta in precedenza. Al di fuori di ogni campo, in alto a

destra di quel frontespizio, si trova – con grafia differente – l’indicazione “XXXXXX atto n.° XXX” apposta in modo obliquo accanto all’intestazione dell’Ospedale.

Ancora più sotto, infine, nella parte relativa alla residenza dei genitori, viene riportato l’indirizzo di Casavatore, via XXXXXX ove – a quanto pare – era residente la XXXXXX e, accanto, un numero di telefono cellulare.

Queste indicazioni, insomma, mostrano chiaramente che sia all’atto dell’ingresso in Ospedale per il parto, sia più tardi, al momento del trasferimento del bambino nella struttura neonatale, ai compilatori della cartella clinica doveva esser stato dichiarato (presumibilmente proprio dalla XXXXXX) che il bambino era figlio del marito ufficiale della XXXXXX, tale XXXXXX, se si tiene presente la regola dei paesi di lingua e etnia russa secondo cui con il matrimonio le donne assumono il cognome del marito, in sostituzione del proprio.

Le indicazioni che la partorientente aveva dato sul conto del figlio, insomma, non contemplavano per nulla la figura di XXXXXX. Il nome di quest’ultimo non veniva indicato e nemmeno compariva il suo indirizzo di vico XXXXX n. 19 in Napoli, mentre come recapito era stato fornito l’indirizzo di Casavatore che compare sul permesso di soggiorno della XXXXXX.

Anche senza aver sentito il personale dell’Ospedale, quanto sopra evidentemente vuol dire che al momento del ricovero, in quello successivo del parto e probabilmente anche nelle fasi successive la XXXXXX non aveva proprio ventilato l’idea che il padre del bambino potesse essere XXXXXX, come da questi invece sostenuto.

Nel corso del suo lungo esame, con una serie di affermazioni al limite del paradossale, ma sempre caparbiamente aggrappate all’ostinata idea di confermare una versione dei fatti inverosimile, l’imputato ha riferito di avere avuto una relazione con la XXXXXX, di esser stato con lei fidanzato per circa due anni, dapprima di nascosto, per non turbare la di lui moglie, dalla quale s’era separato dal 2003 e poi anche in maniera più ufficiale e, comunque, alla luce del sole. Durante questo periodo, in costanza della loro relazione, i due avrebbero convissuto in Napoli, nella casa di vico XXXXXX dove XXXXXX risiede. Ostentando una sorta di divertimento compiaciuto, francamente del tutto inadeguato, XXXXXX ha descritto questa relazione come una romantica storia di amore, fatta di passeggiate a Mergellina con la “Vesparella”, zuppe di cozze e caffè; nel corso della stessa la donna sarebbe rimasta incinta e avrebbe comunicato all’imputato che quello che portava in grembo sarebbe stato suo figlio. A detta di XXXXXX ciò gli avrebbe procurato una gran gioia, anche perché con la moglie non era mai riuscito ad avere figli, così che egli avrebbe affrontato la notizia della gravidanza e del figlio con emozione e partecipazione.

A parte la scarsa credibilità che si traeva dal tono e dall’atteggiamento con cui l’imputato ha riferito di tali argomenti, che meglio si addicevano ad una chiacchierata al bar che non a un esame di un imputato accusato di un grave reato, il che ha costretto più volte lo scrivente a riprendere XXXXXX e a ammonirlo sulla serietà e gravità della vicenda (invero senza sortire effetti concreti), va detto che il racconto reso sul punto dall’imputato è del tutto in contrasto con le emergenze documentali di cui s’è detto prima. La donna, infatti, all’atto del ricovero aveva indicato come padre del bambino tale XXXXXX, da quanto è dato di capire suo coniuge in Ucraina, senza proprio nominare

XXXXXX, il che è del tutto incompatibile con la stucchevole descrizione di quest'ultimo sul suo emozionante approccio all'Ospedale. Nell'indicare il suo domicilio e quello del bambino, poi, la XXXXXX non aveva fatto menzione dell'abitazione di vico XXXXXX, dove ella avrebbe risieduto nei due anni precedenti a casa di XXXXXX, ma il suo indirizzo ufficiale di Casavatore, come s'è anticipato.

Incalzato su questi punti dallo scrivente, l'imputato non ha dato nessuna spiegazione, trincerandosi ancora dietro giri di parole avventati e mostrando una sorta di smarrimento al sentire il nome di XXXXXX XXXXXX, palesando anche con questo di non avere che una conoscenza approssimativa della XXXXXX.

Anche la data della denuncia di nascita agli uffici dello stato civile del comune di Napoli, che poi costituisce la parte costitutiva del delitto in contestazione, non convince e mal si concilia con la versione dei fatti dell'imputato. Risulta in via documentale, infatti, che l'uomo si recò a dichiarare la nascita del suo piccolo ben sei giorni dopo il parto, in data 12 ottobre 2005, il che già di per se appare strano, specie se si tiene conto che l'Ospedale Annunziata (dove la donna aveva partorito), gli uffici comunali della Sezione Mercato Pendino e l'abitazione di XXXXXX ricadono tutti nel raggio di meno di 500 metri. In ogni caso, a prescindere da queste circostanze non prive di suggestione, quel che oggettivamente rileva è che nell'atto di nascita non risulta la presenza della XXXXXX, il che è ben possibile per le difficoltà a camminare che talvolta hanno le puerpere, ma ancora una volta è diverso da quel che invece ha dichiarato l'imputato nel suo esame.

Già da questi elementi, insomma, emerge l'assoluta inaffidabilità del racconto reso dall'imputato, il che conduce a avvalorare non di poco l'ipotesi accusatoria. Come rivelato anche all'imputato nel corso del suo esame, infatti, la circostanza che la XXXXXX dichiarò come padre del nascituro un nominativo ucraino, è assolutamente incompatibile con la storiella della relazione sentimentale tra XXXXXX e la donna.

A questo proposito è bene chiarire sin d'ora un punto su cui sarà necessario tornare anche più avanti: nel caso di specie, infatti, quel che rileva non è la questione inerente la paternità biologica del bambino e la possibilità che la XXXXXX possa aver mentito a XXXXXX su chi fosse realmente l'uomo con cui ella aveva generato il nascituro; non v'è questione su tradimenti o inganni in quella coppia, cosa che - come è di tutta evidenza - presumibilmente accade in numerosi casi senza che alcuno possa immaginare una rilevanza penale del fatto, restando in queste ipotesi del tutto assente l'elemento psicologico del reato. Quel che qui rileva qui è unicamente la circostanza più a monte, ovvero che vi fosse stata una relazione tra i due nell'ambito della quale XXXXXX potesse aver ritenuto di aver concepito il bambino. Se così fosse stato, insomma, se realmente la XXXXXX avesse avuto una relazione con XXXXXX e potesse aver creduto o almeno ritenuto di far credere a quest'ultimo che il figlio che ella aveva in grembo fosse il suo, ebbene almeno al momento della presentazione in Ospedale ella avrebbe dovuto inevitabilmente indicare come padre il nome di XXXXXX, tanto più se questi fosse stato presente, come egli ha riferito. Se fosse stato vero che egli avrebbe accompagnato in Ospedale la sua donna carico di emozione, come ha provato a far credere, non sarebbe stato possibile che la XXXXXX facesse il nome di tale XXXXXX. E, del resto, non si

vece come quest'ultimo nome avrebbe potuto saltar fuori all'atto della compilazione della cartella clinica, se non per una dichiarazione della partoriente, che evidentemente era sola al momento del suo ricovero.

Del resto, secondo il racconto dell'imputato la rivelazione sul fatto che non sarebbe lui il padre biologico del bambino gli sarebbe stata posta dalla XXXXXX vari anni dopo, in occasione di un incontro casuale e concitato, avvenuto quando ormai il bambino era stato già sottratto da tempo, mentre all'epoca del parto – a suo dire – egli non avrebbe nemmeno potuto immaginare questo preteso tradimento e, al contrario, avrebbe accolto di buon grado e con emozione l'arrivo del suo erede, insieme a tutto il suo vicinato festante, addirittura con la benedizione della sua ex moglie che gli avrebbe fatto dono di un a "connola" cioè una culletta, come ha raccontato l'imputato nelle sue lunghe divagazioni.

Non v'è chi non veda, insomma, che su questo punto (come anche sugli altri di cui si dirà subito appresso) la versione dei fatti resa dall'imputato è assolutamente inverosimile e illogica oltre che quanto mai distante dalla sua realtà: è di tutta evidenza, infatti, che la XXXXXX si recò a partorire da sola e che fino a quel momento non aveva avuto alcun rapporto con XXXXXX, che presumibilmente nemmeno conosceva. Proprio per questo, al momento di indicare chi fosse il padre del nascituro non poteva che declinare il nominativo del proprio coniuge di nazionalità ucraina e non poteva che rendere l'indirizzo di Casavatore ove ella abitava.

XXXXXX, insomma, comparve nella vicenda del piccolo figlio della XXXXXX solo in un secondo momento, in vista delle dimissioni dall'ospedale il giorno XX ottobre XXXXX, quando egli andò a dichiarare il neonato come suo figlio. Più avanti sarà chiaro il perché.

Proseguendo nella ricostruzione della vicenda, poi, va detto che il racconto reso da XXXXXX in udienza reca una pressoché perfetta aderenza a quello fornito dalla XXXXXX all'udienza precedente, salvo alcune sbavature, apparentemente irrilevanti, ma invero estremamente significative.

Ciò fa balzare subito in mente come si sia trattato di una versione dei fatti costruita a tavolino con una precisa e inquietante regia unitaria.

A detta dell'imputato, infatti, dopo pochi giorni di permanenza a casa con il bambino neonato, la XXXXXX li avrebbe abbandonati entrambi per riprendere la sua vita raminga da alcolista, che a quanto pare ella avrebbe interrotto solo per qualche tempo durante la loro breve storia di amore. Rimasto solo con il bambino, XXXXXX però non si sarebbe adoperato per cercare la sua compagna e madre di suo figlio, pur se la donna a quanto pare sarebbe una stabile frequentatrice della lontana (sigh!) Porta Capuana, nello stesso quartiere, a circa 500 metri da casa dell'imputato.

Non avendo alcuna dimestichezza con i neonati, per i primi tempi egli avrebbe fatto affidamento su una sorella e su due nipoti che abitavano nel suo palazzo, che sarebbero state disponibili a aiutarlo nel cambio dei pannolini (ma null'altro ha detto l'imputato, ad esempio, per quanto riguarda l'allattamento del neonato, le prime cure al cordone ombelicale, le non facili operazioni di vestizione, le colichette, le creme, i bagnetti e tutto quanto notoriamente caratterizza le prime settimane di vita di un neonato, tutte attività sulle quali XXXXXX è apparso - e del resto si è detto - del tutto impreparato). Se qualcosa di vero ci fosse stato in questa così difficile situazione descritta, ebbene

l'imputato ne avrebbe serbato un ricordo indelebile e dettagliato, come del resto fa ogni padre anche se ha affrontato il tutto con condivisione, in modo non traumatico e condiviso. Nondimeno egli avrebbe parlato di ricerche affannose della madre bambino, delle sue difficoltà a 56 anni di età di gestire un neonato e ogni altro immaginabile dettaglio, che avrebbe dovuto caratterizzare una storia siffatta, se fosse stata vera. Alle domande dello scrivente sul punto, invece, l'uomo ha risposto sbrigativamente, liquidando il tutto con un riferimento all'aiuto delle due nipoti e della sorella che abitavano nello stesso suo stabile e ai cambi di pannolino che queste sue familiari gli assicuravano.

A quel punto, sempre secondo la versione dei fatti dell'imputato, che si coniuga con quella della originaria co-indagata XXXXXX, sarebbe entrata in scena quest'ultima, *"una signora brava, una signora di chiesa"*, conosciuta dalla sorella di XXXXXX e da subito disponibile a governare il bambino. Da qui in poi, la strada delle menzogne intrapresa dall'imputato già impervia da percorrere anche per un uomo particolarmente scaltro, diviene davvero sdruciolevole e su di essa l'uomo è più volte precipitato, nonostante le domande attente e mirate del suo difensore e gli ammonimenti anche energici dello scrivente. Sempre secondo il suo racconto, infatti, anche dopo l'entrata in scena della XXXXXX, il neonato sarebbe rimasto ancora per del tempo a casa di XXXXXX, con la pia donna che sarebbe andata a domicilio a governarlo, non è ben chiaro se anche nelle ore notturne.

Si sarebbe trattato insomma di una sorta di baby sitter super disponibile, a quanto pare non remunerata, che avrebbe conosciuto la sorella di XXXXXX e che si sarebbe subito prestata, per un puro spirito di vocazione o di assistenza, a dare una mano all'uomo per far crescere lo sfortunato bambino. Quando però s'è reso necessario entrare nel dettaglio di questa seconda inquietante parte della vicenda, il racconto dell'imputato ha preso a scricchiolare vistosamente, per via delle numerose incongruenze sia interne alla sua versione dei fatti, sia rispetto a quella che era stata resa dalla XXXXXX nella sua deposizione assistita.

Non sfuggirà, infatti, che in più passaggi del suo esame XXXXXX ha tenuto a precisare che il figlio era sempre il suo, che lui si sarebbe occupato delle vaccinazioni e di andare dal medico di famiglia, che lui avrebbe provveduto alle spese e gli acquisti, al latte, a *"un pupazziello"*, che avrebbe partecipato alla festa di battesimo, il tutto tenendo ben chiaro che il bambino era sempre di sua *"proprietà"*, sottolineando come egli avrebbe dichiarato espressamente alla XXXXXX: *"Senti, questo è mio figlio, facciamo che fino a che moriamo stiamo sempre insieme!"*.

Queste precisazioni a quanto pare stavano molto a cuore all'imputato, tanto che le ha ripetute in termini pressoché identici due o tre volte, così dando chiaramente l'impressione che le stesse costituissero il punto centrale di istruzioni, ricevute probabilmente dai suoi complici o organizzatori della penosa vicenda in questione; quando poi s'è trattato di scendere nel dettaglio, però, l'uomo è apparso enormemente confuso e inaffidabile.

In primo luogo non è sfuggito a chi scrive che la prima volta che nel suo racconto è entrata in scena la XXXXXX (a pag. 10 del verbale stenotipico), XXXXXX l'ha definita *"la signora che lo ha adottato"*, con ciò evidentemente tradendo del tutto la versione che poi si è affannato a sostenere, ovvero della assunzione da parte sua della XXXXXX come governante.

Su questo specifico aspetto, ovvero sulla articolata e complessa lettera di incarico a sua firma a favore della XXXXXX, XXXXXX è caduto completamente dalle nuvole. In tale scritto, prodotto agli atti del dibattimento con tanto di firma riconosciuta dall'imputato, si legge che quest'ultimo avrebbe assunto alle proprie dipendenze come badante - baby sitter del proprio figlio XXXXXX la signora XXXXXX, con la precisazione che ella avrebbe svolto il suo incarico non già nell'abitazione del datore di lavoro, bensì presso la propria abitazione di via XXXXXX. Al capoverso, poi, si apprende che "in deroga alla consuetudinarietà degli orari di lavoro" il piccolo sarebbe stato "affidato alle cure della sig.ra XXXXXX presso l'abitazione di quest'ultima anche per le ore serali e notturne dei giorni dispari infrasettimanali, nonché di due domeniche al mese", il tutto condito ogni volta di date di nascita dei soggetti di volta in volta nominati. Un testo, come si vede, estremamente preciso e dettagliato, pur nella stravaganza linguistica di alcune espressioni e nella assoluta anomalia della sua previsione, che non parla di compensi, evidentemente per la già descritta religiosità della XXXXXX; ma, soprattutto, si tratta di un testo che sembra molto preoccupato di tutelare e garantire la posizione di quella che dovrebbe essere la lavoratrice dipendente e che invece per nulla si preoccupa del bambino e delle legittime apprensioni di un genitore che chiunque avrebbe immaginato in una condizione come quella descritta da XXXXXX.

In altre parole, se pure fosse stato vero che, non potendo provvedere direttamente e continuativamente al proprio figlioletto, XXXXXX fosse stato costretto a affidarlo in modo stabile e duraturo alla XXXXXX, perché lo curasse e accudisse in sua vece, ebbene uno scritto a riguardo avrebbe dovuto fare riferimento innanzitutto a tutte le indicazioni, le preoccupazioni e le cautele che un qualunque genitore avrebbe preteso per il proprio figlio; si sarebbe dovuto leggere di cure da prestare al bambino, raccomandazioni per l'alimentazione, i vaccini, le visite mediche etc., dell'imposizione di obblighi di attento e diligente adempimento dell'incarico, di dettagliate indicazioni degli oneri a carico della XXXXXX di tenere informato ad ogni passaggio quel padre commosso e affezionato, come XXXXXX si è descritto. Soprattutto, a tutela di entrambe le parti non avrebbe dovuto mancare la specificazione dell'orario di lavoro, quanto meno per i giorni pari infrasettimanali, in cui – stando a quel che si legge – il bambino avrebbe dovuto pernottare presso il proprio papà e la XXXXXX recarsi lì a accudirlo.

Ed in ogni caso, pur a volere accantonare le invero insormontabili perplessità su un documento siffatto, palesemente rivolto a ben altri fini, su cui si tornerà più avanti nel tracciare le conclusioni di questa lunga ricostruzione, è rimasto coperto dal più fitto mistero chi possa essere stato l'autore di questo testo, che per la sua formulazione sembra richiedere un grado di istruzione che né XXXXXX (che s'è detto quasi analfabeta) né la XXXXXX potevano avere. Interrogato a riguardo, l'imputato non ha saputo dire chi aveva redatto quello scritto e chi gli aveva chiesto di firmarlo, dando sul punto delle spiegazioni che – se non si trattasse di una vicenda quanto mai seria e grave – sarebbero quasi comiche, degne di un cabaret da teatro napoletano classico ("Sì. L'avrà scritto la Questura!" Si legge tra le altre spiegazioni a pag. 35 del verbale stenotipico del 3/7/2014).

Quel che è certo è che l'imputato ha riconosciuto in calce la sua sottoscrizione, anche se l'attento redattore del testo, al posto della firma, nello stampato aveva indicato per errore il nome di

XXXXXX e non XXXXXXX! Nonostante le reiterate domande dello scrivente e gli appelli che si ritiene di aver rivolto più volte all'imputato, perché evitasse di compromettere ulteriormente e inutilmente la sua posizione, egli alla fine ha ribadito di non sapere ricordare chi gli avesse consegnato e fatto firmare quella dichiarazione.

La versione dei fatti dell'imputato appare non meno lacunosa anche su un altro aspetto assolutamente rilevante, qual è l'epilogo della vicenda del piccolo XXXXXX, sottratto dal personale della Questura a poco meno di un anno di età, il XX agosto XXXX e affidato a un ente di assistenza, per poi presumibilmente essere dato in affido e forse in adozione a nuovi genitori. A dispetto della rilevanza che la questione avrebbe dovuto avere per lui, sempre stando alle sue parole commosse e appassionate e alle sue professioni di amore verso quel bambino, XXXXXX s'è limitato a affermare di essersi "interessato" e di aver "combattuto" per riavere il bambino, anche con l'interessamento di un fantomatico avvocato, su cui parimenti non è stato in grado di indicare non già il cognome, ma nemmeno nessun altro dettaglio, nemmeno il nome di battesimo o l'ubicazione dello studio legale! Altre incongruenze, apparentemente di dettaglio, ma invero non meno rilevanti, si traggono dalla versione dei fatti solo in apparenza speculare, che era stata resa dalla XXXXXX all'udienza precedente. A detta dell'originaria co-indagata, da cui – si rammenta – erano partite le indagini, il bambino le sarebbe stato affidato da XXXXXX attraverso l'interessamento di due nipoti dell'uomo, dalle quali ella avrebbe appreso della triste condizione del piccolo, abbandonato dalla madre e denutrito e avrebbe deciso di occuparsene "gratuitamente", per "umanità".

Balza agli occhi in primo luogo la divergenza con il racconto di XXXXXX, secondo cui la XXXXXX gli sarebbe stata presentata da una sua sorella, che l'avrebbe conosciuta in chiesa, mentre la donna ha detto che a suo tempo ella era amica delle nipoti dell'imputato, tali XXXXXX e XXXXXX, abitanti a corso Garibaldi (e non a vico XXXXXX, come ha ripetuto più volte XXXXXX), sul conto delle quali però ha dato delle indicazioni comunque piuttosto vaghe in rapporto alla serietà dell'impegno che ella avrebbe assunto con loro, questo pure se a riguardo ella è stata incalzata dallo scrivente in modo quanto mai esplicito.

Secondo la XXXXXX, poi, ella avrebbe avuto contatti soprattutto con la famiglia di XXXXXX più che con quest'ultimo, cosa che invece egli non ha affatto riferito, tenendoci anzi a sottolineare che il bambino stava a casa sua e che era lì che la XXXXXX veniva a governarlo almeno in certi giorni. Preciso e coincidente, invece, è il racconto dei due sul conto della partecipazione di XXXXXX ai vaccini e al battesimo, cosa su cui – si ricorderà – l'imputato odierno è tornato più volte.

A parere di chi scrive, questi ultimi dettagli - che evidentemente stanno molto a cuore ad entrambi i soggetti sentiti - potrebbero anche essere veri, anche se motivati non tanto da un reale interesse dell'uomo per le sorti sanitarie e religiose di quel che doveva apparire suo figlio, quanto per la necessità di evitare di insospettire dei terzi, come un parroco o come il personale dell'ASL addetto alle vaccinazioni. L'uno e gli altri, infatti, si sarebbero sicuramente sorpresi non poco nel vedere un neonato che non viene accompagnato da nessuno dei genitori nei primi importanti passaggi, spirituali e sanitari, della propria esistenza.

Ancora divergenze non componibili si rinvengono sull'aspetto economico della vicenda e sul sostentamento del bambino, che secondo XXXXXX sarebbe stato curato da lui stesso, con periodici contributi alla XXXXXX, mentre secondo quest'ultima sarebbe stato rimesso anche qui alla generosità del vicinato, coinvolto e appassionato per le sorti del bambino, non potendo ella provvedervi per via delle disagiate condizioni economiche della sua famiglia, con un marito detenuto e solo una sorella percettrice di stipendio.

Altrettanto rilevante, poi, è il punto relativo all'attestazione firmata da XXXXXX di cui s'è detto prima, di cui la XXXXXX pure era a conoscenza per averla consegnata lei stessa alla Questura, come riferito dalla donna nel suo esame. Anzi, secondo il suo ricordo quello scritto sarebbe stato firmato anche da lei, cosa poi non riscontrata nella realtà. A detta della XXXXXX si sarebbe trattato di un testo redatto da XXXXXX e che questi avrebbe preteso per una propria garanzia, in vista del quale ella avrebbe indicato al suo datore di lavoro (sigh!) le proprie generalità complete e indirizzo, per altro facendo riferimento a quello formalmente riportato sui suoi documenti di identità (via XXXXXX) e non a quello effettivo (via XXXXXX), come la stessa XXXXXX ha tenuto a precisare.

Fermo restando, dunque, il mistero sul conto del redattore di quel documento, non può non ribadirsi che le preoccupazioni di cui lo stesso sembra farsi carico, la consegna dello stesso solo alla XXXXXX e la sottoscrizione solamente da parte di XXXXXX, sono tutti elementi che dimostrano incontrovertibilmente che il testo era stato redatto unicamente per precauzione della donna, per consentirle di giustificare, in caso di controlli o richieste, perché e in che modo ella si trovasse ad avere continuativamente con se, senza traccia dei genitori, un bambino così piccolo, che a suo dire da principio aveva soli 40 giorni.

Prima di tirare le fila della disamina del materiale istruttorio raccolto, un'ultima notazione meritano le foto dell'originaria co-imputata XXXXXX, che erano in possesso di XXXXXX e su cui pure l'uomo s'era diffuso nel corso del suo esame, riferendo di averle scattate insieme in alcune occasioni di festa, come in particolare al quarantaquattresimo compleanno della donna. Proprio in considerazione di ciò – si rammenta – era stato concesso un rinvio, per consentire all'imputato di rimediarle e alla difesa di produrle, cosa che poi è accaduta all'ultima udienza.

Ebbene, pur se costituenti solo un dettaglio, anche queste foto assumono rilievo come indizi contro l'imputato.

A parte che non si tratta di foto di festa, come aveva riferito XXXXXX, è essenziale notare che i due ritratti esibiti, allegati al verbale del 23/10/2014, rappresentano una donna dai capelli biondi, apparentemente di etnia russa o slava, che secondo la tesi difensiva sarebbe la XXXXXX; orbene le due foto, una a figura intera e una in primo piano sul viso, mostrano una donna ritratta in strada innanzi a un negozio frequentato da stranieri, come si comprende da alcune scritte sulla vetrina. Si tratta di una donna che senz'altro deve essere stata bella e piacente, ma che si presenta in uno stato quanto mai triste e pietoso, con lo sguardo fisso nel vuoto, un'espressione persa, abbigliamento oltrremodo trasandato, una sorta di vestaglia e delle pantofole, che dà l'idea quasi di una senzatetto o barbona, con una vistosa escoriazione sul naso e delle macchie di sangue sul labbro. Non si discute

qui naturalmente dell'aspetto fisico della donna e delle sue precarie condizioni di vita, che per altro lo stesso XXXXXX ha descritto come particolarmente difficili al momento del loro incontro, prima dell'inizio della loro pretesa relazione; quel che è evidente è che non sono assolutamente foto d'amore, come invece ha detto l'imputato nel suo esame. Sono palesemente degli scatti che nessuno può aver ripreso per ricordare dei bei momenti con la propria amata, ma al contrario sembrano preparati apposta per conservare una traccia delle tristi condizioni della donna, magari per farle valere in vista di un eventuale richiesta di affido, di cui - guarda caso ! - aveva parlato proprio la XXXXXX nel corso del suo esame, come di una sua intenzione poi non accolta per assenza dei requisiti.

In altre parole, non è assolutamente proponibile trarre da quelle foto la prova della conoscenza e dell'esistenza di una relazione sentimentale tra XXXXXX e la XXXXXX, ma le stesse sembrano deporre proprio per il contrario. Non si ignora, naturalmente, che anche il più normale o il più innamorato partner può ben avere delle foto in cui la propria compagna appare in condizione di prostrazione oppure ferita, ma in tali casi di ciò deve essere data una spiegazione: sarebbe stato possibile, ad esempio, che XXXXXX dicesse che gli unici ritratti della XXXXXX rimasti in suo possesso fossero quelli poi prodotti, scattati in occasione di una pratica di risarcimento per un incidente, oppure - sempre per esempio - che egli aveva scattato quelle foto perché era attratto dalla XXXXXX già prima di conoscerla, nonostante le sue condizioni precarie oppure proprio a causa di esse, per una sorta di spirito missionario e di salvataggio che lo animava; oppure, ancora, sempre a titolo di esempio, sarebbe potuto essere credibile XXXXXX se avesse raccontato di aver fatto quelle foto quando anni dopo avrebbe ritrovato la XXXXXX e questa gli avrebbe confidato di non essere lui il padre, con la "colluttazione a parole" che a suo dire ne sarebbe discesa. Anche in tal caso sarebbe stato ragionevole scattare e poi conservare delle foto così. Nel momento in cui, invece, quelle foto vengono esibite a sostegno della tesi di XXXXXX - assolutamente inverosimile - che tra i due vi sarebbe stata una felice relazione sentimentale, ebbene non può non concludersi per l'assoluta incongruenza anche di questo argomento.

Ecco dunque che nel tirare le fila del discorso, l'unica spiegazione plausibile di questa tristissima vicenda si snoda sui seguenti passaggi:

- la XXXXXX partorì nell'ottobre del XXXX un figlio che presumibilmente non era in grado di mantenere o che ella aveva già promesso a qualcuno, non è ben chiaro a che titolo;
- per ragioni intuibili, ma non ben chiarite dalle indagini preliminari, qualcuno poteva avere interesse che il neonato partorito dalla XXXXXX avesse un padre - e dunque un nome - italiano;
- ciò poteva essere funzionale a fargli avere la cittadinanza italiana e dunque un futuro più agevole o, probabilmente a rendere più facili e meno sospetti i passaggi successivi, vale a dire dapprima l'assegnazione alla gene XXXXXX "badante - baby sitter" XXXXXX e poi, eventualmente, l'affido ufficializzato a quest'ultima, che a suo tempo non aveva e ancor oggi non ha figli, pur essendo ella sposata e ancor giovane;

- incidentalmente si segnala che avrebbe potuto essere utile, nella fase delle indagini, approfondire se tale ultima circostanza della mancanza di figli non dipenda per ipotesi dalla condizione del di lei marito, che a quanto s'è appreso è detenuto presso il carcere di Lanciano;
- sia la XXXXXX che XXXXXX erano molto preoccupati di lasciare una traccia di ufficialità e una spiegazione plausibile alle ragioni per le quali il bambino fosse stabilmente affidato alle cure della prima, ma per farlo sono caduti in contraddizioni e salti illogici, che mostrano la palese fragilità di questa costruzione;
- una qualche regia deve aver combinato i ruoli e i passaggi della vicenda, atteso che, a dispetto di quanto hanno cercato di dimostrare i due soggetti sentiti in udienza, i contatti tra essi e con la XXXXXX sono stati pochi e molto poco approfonditi, in contrasto coll'enorme valore emotivo, sentimentale e pratico che secondo i loro racconti avrebbero dovuto avere i loro rapporti;
- una volta assicurato un titolo più o meno plausibile, in forza del quale il bambino a nome XXXXXX poteva essere affidato alla XXXXXX, il sedicente padre XXXXXX avrebbe potuto uscire di scena, restando a disposizione per quegli sporadici passaggi che richiedevano la presenza di un genitore, di cui entrambi hanno parlato, quanto meno fino a che non fosse stato possibile addivenire a un affido formalizzato alla XXXXXX da parte del Tribunale dei Minorenni;
- solo le indagini della Squadra Mobile, attivate da una segnalazione anonima e poi l'intervento di altro personale della Questura e degli assistenti sociali, hanno consentito di arrestare il pericoloso e grave disegno in atto.

Ai fini che in questa sede importano, dunque, è rimasto assolutamente irrilevante stabilire se XXXXXX fosse o meno il padre del bambino, mediante delle analisi del DNA. S'è già detto, ma non paia ridondante ribadirlo: nel caso di specie non è in questione se la XXXXXX abbia per ipotesi circuito e ingannato l'uomo, facendogli credere in buona fede di esser lui il genitore del nascituro, né se vi sia stato un ipotetico tradimento da parte della donna nell'ambito della fantomatica e fantasiosa storia di amore tra i due. Nel caso di specie, insomma, è del tutto evidente che XXXXXX – la cui posizione qui rileva – era assolutamente consapevole di non potere essere egli il padre del bambino, probabilmente perché appena conosceva la XXXXXX, quasi certamente non aveva avuto con lei alcun rapporto sessuale e sicuramente non aveva avuto alcuna relazione sentimentale con la donna. Egli si prestò unicamente a riconoscere come suo il bambino dopo sei giorni dal parto, senza aver accompagnato né assistito la donna in Ospedale. Su questi punti a suo tempo le indagini avrebbero potuto essere agevolate e approfondite alcuni punti che certamente al momento del parto non saranno sfuggiti al personale dell'Ospedale Annunziata, ma che a distanza di otto anni, all'epoca del dibattimento, non sarebbero più utilmente praticabili ai sensi dell'art. 507 c.p.p.

Non v'è dubbio, insomma, che quando si recò negli uffici del comune di Napoli a denunciare come proprio figlio il neonato partorito dalla XXXXXX, XXXXXX commise chiaramente una grave fattispecie di alterazione di stato; precisamente egli attestò falsamente, nella formazione dell'atto di nascita, innanzi ai funzionari dello Stato Civile la paternità del minore, il che integra a pieno titolo l'ipotesi più grave di cui al secondo comma dell'art. 567 c.p., come contestato dal PM, il tutto commesso invero il 12/10/2005 e non il 6/10/2005 come recita il capo di imputazione.

A parere di chi scrive tanto egli compì in concorso con altri ed in cambio di denaro; sul punto tuttavia l'uomo ha sdegnosamente, ma in modo confuso, negato ogni sollecitazione proveniente dallo scrivente; nonostante le molte domande, in ogni caso, le sue spiegazioni non consentono di sovvertire la ampia ricostruzione di cui s'è detto.

Ne segue l'affermazione della sua penale responsabilità per detto grave delitto e la sua conseguente condanna a una pena che inevitabilmente non può essere mite.

Sono intuibili, infatti, le difficoltà economiche dell'uomo, la sua condizione di soggetto che vive di espedienti e reati, come è chiaro dal suo nutrito certificato penale. È inoltre verosimile - non già dalle sue ammissioni quanto da delle sue espressioni nel corso dell'esame - che egli si sia prestato a compiere il reato senza aver un interesse personale diretto alle conseguenze che ne derivavano, quanto piuttosto perché spinto o indotto a farlo da altri, rimasti senza nome nel processo, ma pure ben intuibili.

Ciò evidentemente non esclude la sua piena consapevolezza dell'illiceità del fatto, perché a parte delle generiche illazioni all'inizio del suo esame, secondo cui egli non avrebbe ben capito di cosa era accusato, al contrario il merito delle sue deposizioni e l'apprensione dimostrata nel sottolineare alcuni passaggi, per altro coincidenti con quelli evidenziati anche dalla XXXXXX, confermano che XXXXXX fosse ben a conoscenza dell'illiceità di quanto compiuto, della gravità del gesto e della falsità di quanto dichiarato allo Stato Civile.

Oltre a confermare la ricorrenza dell'elemento psicologico del reato, le considerazioni che precedono influiscono nella definizione del trattamento penale, ai sensi dell'art. 133 c.p., in tema di gravità dell'apporto dell'uomo alla realizzazione del reato, al grado del suo coinvolgimento, alla sua personalità e al comportamento tenuto successivamente al reato, anche nel processo, allorché egli ben avrebbe potuto avere un atteggiamento collaborativo e proficuo per la ricostruzione dei fatti.

Solo la penosità della sua condizione morale e sociale, di cui s'è detto, induce a mitigare l'individuazione in concreto della pena da applicare, che comunque non potrà essere pari ai minimi di cui all'art. 567 comma 2 c.p., ma si attesta, in prossimità di questi ultimi, in anni sei e mesi sei di reclusione, nemmeno intermedia rispetto all'ampia forbice prevista dalla norma (tra cinque e quindici anni di reclusione).

I numerosi e anche gravi precedenti penali dell'uomo, che si snodano nell'arco di 40 anni attraverso tutti i rami del diritto penale, con ben 19 condanne a suo carico, talune anche recenti, avrebbero imposto la contestazione della recidiva, omessa dal PM e dunque non applicabile in questa sede, ma ostano nella maniera più assoluta alla concessione delle attenuanti generiche, alle quali si oppone anche l'atteggiamento tenuto dall'uomo nel corso del suo esame, di cui pure s'è detto ampiamente sopra.

Alla affermazione della sua responsabilità penale segue innanzitutto la condanna di XXXXXX al pagamento delle spese processuali. Inoltre, a norma dell'art. 569 c.p., anche a prescindere da altre statuizioni del Tribunale per i Minorenni va disposta per XXXXXX la perdita della potestà di genitore. In ragione della pena inflitta, ancora, segue la sua interdizione perpetua dai pubblici uffici, ai

sensi degli artt. 28 e 29 c.p., nonché l'interdizione legale per la durata della pena, a norma dell'art. 32 c.p.

Dette ultime due statuizioni, obbligatorie per legge, sono state omesse nel dispositivo per un errore materiale della copiatura dalla minuta; l'errore potrà essere emendato con separato provvedimento cui si rinvia.

Le statuizioni sull'atto di nascita del minore, che originariamente era stato dichiarato come XXXXXX restano rimesse all'AG competente, Tribunale per i Minorenni, nelle forme e con le competenze del caso.

I numerosi altri processi assunti in decisione alla stessa udienza, oltre all'oggettiva complessità delle presenti motivazioni giustificano la riserva del termine per il deposito delle stesse .

P.Q.M.

Visti gli artt. 533, 535 c.p.p.,

dichiara XXXXXX colpevole del delitto a lui ascritto e lo condanna alla pena di anni sei e mesi sei di reclusione;

visto l'art. 569 c.p. dispone la perdita della potestà di genitore per XXXXXX;

condanna XXXXXX al pagamento delle spese processuali;

Riserva la motivazione in giorni 60

Napoli 23/10/2014

Il Giudice  
Dott. Antonio Baldassarre

PAOLO SCEUSA

n.26/2014 V.G.;



**TRIBUNALE PER I MINORENNI DI TRIESTE**

Il Tribunale per i minorenni in camera di consiglio, così composto:

dott. Paolo Sceusa	Presidente;
dott. Angela Gianelli	Giudice relatore;
dott. Tiziana Minutello	Giudice onorario;
dott. David Daris	Giudice onorario;

ha pronunciato il seguente

**DECRETO**

richiamato il decreto emesso in data 6/10/2014 con il quale veniva incaricato il Comando Provinciale dei Carabinieri di Udine, con facoltà di subdelega, di svolgere riservati ed opportuni accertamenti in ordine all'identità della madre biologica dell'istante;

vista la nota informativa dello stesso Comando Provinciale dei Carabinieri pervenuta in data 20/11/2014, dalla quale si evince, in esito ai disposti accertamenti, che la madre biologica della signora A M è stata identificata;

rimarcato l'orientamento di questo Tribunale, secondo il quale, nelle more di un intervento legislativo che dettargli, come indicato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 278/2013, le modalità di identificazione della madre biologica e di raccolta del suo eventuale consenso, sussista per il Tribunale stesso l'obbligo, in forza della menzionata pronuncia della Consulta, la quale ha recepito l'orientamento già espresso in materia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo anche nei confronti dello Stato Italiano con propria sentenza del 25/9/2012, di provvedere a tale identificazione, al fine di consentire alla madre biologica di essere messa al corrente del ricorso e di eventualmente esercitare la sua facoltà di rimuovere il segreto sulla propria identità che aveva inteso apporre successivamente al parto;

osservato che, a seguito di confronto fra tutti i giudici togati di questo Tribunale, è stata individuata, quale prassi adottanda nel caso in cui la madre biologica sia stata individuata e ancora vivente, la modalità operativa di seguito descritta:

il Tribunale incarica i Servizi sociali del Comune di residenza della madre biologica di recapitare, esclusivamente a mani proprie dell'interessata, la lettera del Tribunale di convocazione per comunicazioni orali, presso la sede del Servizio sociale o a domicilio (se preferito dall'interessata), indicando tre date possibili;

se l'interessata chiede il motivo della convocazione, l'operatore del servizio sociale risponderà: "non ne sono a conoscenza" ed osserverà, in ogni caso, il più stretto segreto d'ufficio;

il Servizio sociale informerà subito il Tribunale delle condizioni di salute psicofisica della persona, in modo da consentire ogni cautela;

il colloquio avverrà nella sede e nella data sopra indicata, tra l'interessata (da sola: gli eventuali accompagnatori saranno tenuti fuori) e il solo giudice onorario delegato dal giudice togato;

durante il colloquio la persona viene informata che il figlio/a che mise alla luce nel ... (il Giudice onorario indicherà fin qui solo la data di nascita e il luogo di nascita, senza ancora indicare

alcun altro dato del figlio/a) e informerà la persona della sua facoltà a disvelare la sua propria identità;

se la persona non dà il consenso, il Giudice onorario si limiterà a riferirlo per iscritto al Tribunale, senza redigere alcun verbale e senza informare la persona dell'identità del/della figlio/a ricorrente;

se la persona lo desidera le verrà dato un congruo termine di riflessione e un nuovo appuntamento;

se la persona darà il consenso, il Giudice onorario redigerà verbale di quanto effettuato e farà sottoscrivere il consenso alla persona o darà atto della sua eventuale impossibilità di sottoscrivere, solo allora la potrà informare dell'identità del/della figlio/a ricorrente;

il Tribunale provvederà nel merito a seconda dei casi;

gli atti del fascicolo processuale rimarranno assolutamente secretati fino al provvedimento conclusivo e anche oltre, in caso di rigetto del ricorso; nel caso in cui la persona sia all'estero si procederà tramite i Servizi del luogo, da incaricarsi per via consolare, affinché procedano con le modalità di cui sopra, in quanto compatibili, esclusa la trasferta all'estero del giudice onorario; nel caso invece in cui la persona si trovi in Italia, ma in luogo rientrante nella competenza territoriale di diverso Distretto di Corte d'Appello, verrà incaricato di procedere all'interpello il Tribunale per i Minorenni competente in ragione della residenza della madre biologica; un tanto al fine di rendere massimamente agevole l'interpello, salvaguardando al contempo la riservatezza delle persone interessate; preso atto che, nel caso di specie, la madre biologica dell'odierna istante risulta risiedere in luogo rientrante nella competenza territoriale di questo Tribunale per i Minorenni, si delega il Giudice onorario Dott. David Daris a procedere nei termini sopra specificati;

riservata dunque ogni successiva determinazione;

#### **P.Q.M.**

visto l'art. 28 l. n.184/1983; gli art. 737 ss c.p.c.;

#### **incarica**

i Servizi sociali del Comune di residenza della madre biologica (Udine) di recapitare, esclusivamente a mani proprie dell'interessata, con le modalità analiticamente indicate in parte motiva, la lettera del Tribunale di convocazione per comunicazioni orali, presso la sede del Servizio sociale o a domicilio (se preferito dall'interessata), indicando come date possibili le seguenti:

- 7 aprile 2015 ore 10.30
- 13 aprile 2015 ore 10.30
- 17 aprile 2015 ore 10.30

#### **delega**

il Giudice onorario, Dott. David Daris, a procedere all'interpello della madre biologica della signora A M, indicata con apposito atto separato, al fine di consentire alla stessa di essere messa al corrente del ricorso e di eventualmente esercitare la sua facoltà di rimuovere il segreto sulla propria identità che aveva inteso apporre successivamente al parto.

#### **Manda**

alla Cancelleria per le comunicazioni di rito.

*Ai sensi dell'art. 52, co. 5 del D. L.vo 30-06-2003, n. 196, chiunque diffonda il presente provvedimento è tenuto ad omettere in ogni caso le generalità, altri dati identificativi o altri dati anche relativi a terzi dai quali possa desumersi, anche indirettamente, l'identità di minori, oppure delle parti.*

**Così deciso in Trieste, nella camera di consiglio del 5 marzo 2015**

**Il Giudice estensore  
Dott. Angela Gianelli**

**Il Presidente  
Dott. Paolo Sceusa**

N. 145\15 V.G.



TRIBUNALE PER I MINORENNI DI TRIESTE

Il Presidente,

esaminato il ricorso depositato in data 3 marzo 2015 dalla minore A C, nata a... il ...2009 (parte ricorrente), rappresentata dalla madre sig.ra M C, tesa alla pronuncia della decadenza dalla responsabilità genitoriale del padre, sig. P C (parte resistente);

ritenuto che la domanda proposta dalla minore (sia pur rappresentata dalla genitrice) evochi due problematiche di carattere preliminare:

1 - quello della sussistenza o meno della legittimazione ad agire in capo alla figlia minore, che si pone quale condizione dell'azione, posto che, quanto meno dal punto di vista letterale, l'art. 336, co. I, cod civ, sembra riservare tale legittimazione soltanto a ciascun genitore, ai parenti e al pubblico ministero;

2 - quello della sussistenza del conflitto di interessi fra la domanda di decadenza del padre proposta dalla madre -in rappresentanza della figlia minore- e il diritto della minore stessa alla bigenitorialità.

Ritenuto che sulle questioni preliminari di cui sopra, attinenti all'ammissibilità (1) e alla procedibilità (2) del ricorso, per ragioni di economia processuale debba pronunciarsi *in limine* e che la competenza, quantomeno sulla seconda, spetti al presidente ex art. 738 co. I, c.p.c.;

ritenuto che, a prescindere dal possibile profilo di dubbia costituzionalità (per contrasto con l'art. 24, co. I, Cost) dell'esclusione (di cui al suddetto punto 1) del figlio minore dal novero letterale dei legittimati ad agire in proprio ex art. 336 cod. civ. per la tutela dei propri diritti e interessi, quel che qui osta alla procedibilità della domanda sia la presenza del conflitto di interessi tra la madre rappresentante legale e processuale della figlia minore e la figlia minore stessa, per le ragioni cennate al punto 2;

applicati gli artt. 78<sup>1</sup> e 182<sup>2</sup> cpc;

<sup>1</sup> In deroga all'art. 79 cpc, che prevede l'istanza di parte per la nomina da parte del giudice di un curatore speciale, la Convenzione di Strasburgo (25 gennaio 1996. Entrata in vigore il 1° luglio 2000. Ratificata con legge n. 77/2003) all'art. 9, comma 1, dispone che, nei procedimenti che riguardano un minore, quando in virtù del diritto interno i detentori delle responsabilità genitoriali si vedono privati della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto d'interessi, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti (v. C. Cost. sent. n. 0179/ 2009)

<sup>2</sup> Cass. I, n. 15100/2005 (Le lacune riscontrabili nella disciplina dei procedimenti camerati e di quelli speciali devono colmarsi, in mancanza di deroghe esplicite o implicite, con il ricorso alle norme del rito ordinario, costituente il

rileva il conflitto d'interessi tra la sig.ra M C, rappresentante processuale della figlia minore A C e quest'ultima;  
nomina curatore speciale alla minore A C, l'avv. S A del Foro di...;  
assegna a quest'ultimo il termine perentorio fino al giorno 10 aprile 2015 per eventualmente costituirsi in giudizio in rappresentanza della minore A C;  
riserva all'esito di eventuale regolarizzazione della rappresentanza della minore, il giudizio sulla sussistenza o meno della legittimazione ad agire della minore stessa, alla stregua degli artt. 336, co. I, cod. civ. e 24, co. I, Cost.

Si comunichi alla parte ricorrente (fax 0434 364388).

Si comunichi al curatore speciale (fax 0434 243740);

Trieste, 5 marzo 2015

f.to Il Presidente  
dott. Paolo Sceusa

dep. il 5 marzo 2015

f.to il Cancelliere

---

paradigma procedimentale del nostro ordinamento, dal quale essi si differenziano soltanto nei limiti espressamente previsti dalla legge).

N. 480/2014 V.G.  
cror. 1845



TRIBUNALE PER I MINORENNI DI TRIESTE

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio nella seguente composizione:

dott. Paolo Scusa	Presidente, est.
dott. Elisabetta Moreschini	Giudice
dott. Tiziana Minutello	Giudice onorario
dott. Marco Feruglio	Giudice onorario

- Letto il ricorso depositato in data 7-10-2014 dal sig. **P.**, con l'avv. dom. Chiara Tenzo del Foro di Venezia (parte ricorrente) e gli atti allegati relativi alla figlia minore **F.**, nata a ... il ... 2011;

- avuta la costituzione della madre della minore, sig.ra **M.**, con l'avv. dom. Caterina Bertolino del Foro di Padova (parte resistente);

- sentita la sola sig. **M.**, nella mancata comparizione personale del sig. **P.**; rilevata *in limine* la questione di competenza materiale *infra* illustrata;

il ricorrente ha così concluso:

*afferinarsi la competenza del Tribunale per i minorenni di Trieste; dichiarare la decadenza della madre dalla potestà genitoriale; in subordine, adottare ogni opportuno provvedimento nell'interesse della minore F.; in via istruttoria, come da ricorso e allegato a verbale del 17-11-2014;*

la resistente ha così concluso:

*in via preliminare, dichiarare l'incompetenza del Tribunale per i minorenni di Trieste in favore del Tribunale ordinario di Udine; in via principale, rigettare il ricorso, perché infondato; in via istruttoria, come da comparsa di costituzione;*

il PMM ha così concluso:

*dichiararsi l'incompetenza del Tribunale per i minorenni di Trieste in favore del Tribunale ordinario di Udine;*

Osserva il Collegio:

La questione di competenza è stata tempestivamente sollevata e discussa alla prima udienza, nel rispetto del termine processuale di decadenza di cui all'art. 38 cpc<sup>1</sup>, ed è fondata

<sup>1</sup> Cass. Sez. I. Ord. n. 8115/2003 (La disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 38 cod. proc. civ., nel testo modificato dall'art. 4 della legge 26 novembre 1990, n. 553, la quale ha introdotto una generale barriera temporale, di natura preclusiva, ai fini della possibilità di rilevare l'incompetenza per materia, per valore o per territorio nei casi previsti dall'art. 28 cod. proc. civ., fissandola nella prima udienza di trattazione, deve ritenersi applicabile non soltanto ai processi (contenziosi) di cognizione ordinaria, ma anche a quelli di volontaria giurisdizione (nella fattispecie, procedimento ex art. 330 cod. civ. promosso dal tribunale per i minorenni), da trattare quindi in camera di consiglio, nei quali l'intervento del giudice trova il suo presupposto in una situazione conflittuale che impedisce ai titolari degli interessi coinvolti di provvedere direttamente alla loro regolamentazione).

Infatti per il principio della concentrazione delle tutele in tema di giurisdizione sui diritti della prole, già enucleato in giurisprudenza<sup>2</sup> e consolidato dalla novella che ha interessato l'art. 38 disp. att. cod. civ. (legge n. 219/2012), nella pendenza di causa sull'affidamento della prole, il giudice ordinario è competente a pronunciare su ogni domanda attinente all'esercizio della responsabilità genitoriale (già "potestà"), compresa la domanda di decadenza dalla medesima.

Detta lettura interpretativa della nuova formulazione dell'art. 38 disp. att. cit., già più volte affermata dalla giurisprudenza di questo Tribunale per i minorenni, trova ora recentissima conferma da parte della Corte di Cassazione<sup>3</sup>.

Poiché è pacifica e documentata la pendenza tra le parti odierne del giudizio per l'affidamento e il mantenimento della figlia minore Elettra davanti al Tribunale ordinario di Udine, oltretutto previamente adito, va dichiarata la competenza di quel Tribunale a conoscere e a decidere anche della domanda di decadenza qui introdotta dal ricorrente.

Quella del Tribunale di Udine appare essere, per la precisione, una competenza per continenza, posto che il Tribunale ordinario è ormai l'unico giudice competente a decidere la domanda di affidamento della prole nata fuori dal matrimonio, ai sensi del combinato disposto tra l'art. 337 bis, cod. civ. e l'art. 38 disp. att. cod. civ., novellato.

È opportuno sottolineare che la domanda di affidamento della prole nata fuori dal matrimonio, si pone, esattamente come nei casi di separazione coniugale, come domanda più ampia rispetto ad ogni altra attinente alla responsabilità genitoriale, compresa la domanda di decadenza. Tutte rientrano, infatti, nella competenza "continentale" del tribunale ordinario, che, ai sensi dell'art. 337 ter, co. II, cod. civ., è facoltizzato a pronunciare "ogni altro provvedimento relativo alla prole...", così realizzando l'unicità del tavolo di tutela giurisdizionale, necessario ad evitare il contrasto di giudicati.

È appena il caso di rilevare come la Cass. citata alla nota 3, nell'indicare il Tribunale per i minorenni quale giudice competente sulla responsabilità genitoriale, pur in pendenza di causa "separatoria" tra genitori (coniugati o meno che siano), quando ricorrente sia il PM minorile, tradisce all'evidenza proprio la ratio di unità della competenza giurisdizionale e di concentrazione delle tutele, che la stessa Corte Suprema aveva sancito, in modo costante, dal 2007 fino a ora. Tale concentrazione, oltre che a garantire l'economia processuale, è infatti l'unico strumento utile ad impedire il rischio di contrasto di giudicati.

Né il PM minorile può ritenersi "parte diversa" dal PM presso il tribunale ordinario, attesa l'unicità delle sue funzioni di pubblica garanzia nei riguardi dei diritti dei minori, rimanendo assolutamente irrilevante la diversità della sede o dell'ufficio (minorile od ordinario), avanti al quale tali funzioni esso eserciti.

Comunque, la problematica della "diversità delle parti", evocata dal tenore letterale dell'art. 38 disp. att. cod. civ. e incondizionatamente ripresa dal Cass. 21633/2014, nel caso di specie non ricorre, posto che ricorrente davanti a questo

<sup>2</sup> Cass. I, Ord. n. 8362/2007; Cass. I, Ord. n.20354/2011;

<sup>3</sup> Cass. IV, ord. n. 21633/2014 (Risponde a una interpretazione logica, oltre che diretta a salvaguardare la coerenza testuale della norma, ritenere che l'effetto aurativo previsto dall'art. 38 disp. att. c.c. si riferisce alla ipotesi della proposizione di un ricorso ex art. 333 c.c. e ai casi in cui l'esame di tale ricorso renda necessaria la pronuncia dei citati provvedimenti e specificamente della decadenza dalla responsabilità genitoriale.

Il requisito della "identità delle parti" non ricorre quando il ricorso è proposto dal P.M.

L'attrazione ex art. 38 disp. att. c.p.c. non opera con riguardo ai processi pendenti alla data di entrata in vigore della Legge 219/2012).

tribunale minorile per la decadenza della madre dalla sua responsabilità genitoriale sulla minore F, non è stato il PM, bensì il padre.

A mente della novella che ha interessato l'art. 92, co. II cpc sulle spese di lite (ex D.L. n. 132/2014, conv. con modif. nella legge n. ), rilevata la novità della questione e l'assenza di precedente giurisprudenza di legittimità su di essa, le spese di lite trovano integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

- visti gli artt. 38 disp. att. cod. civ.; 38 e 39 cpc, impregiudicato il merito della domanda,
- dichiara la propria incompetenza a decidere essendo competente, per continenza, il Tribunale di Udine;
- compensa integralmente le spese di lite fra le parti;
- fissa termine fino al 28 febbraio 2015 per la riassunzione della causa davanti al detto tribunale.

Si comunichi alle parti via e-mail (in atti)

*Ai sensi dell'art. 52, co. 5 del D. L.vo 30-06-2003, n. 196, chiunque diffonda il presente provvedimento è tenuto ad omettere in ogni caso le generalità, altri dati identificativi o altri dati anche relativi a terzi dai quali possa desumersi, anche indirettamente, l'identità di minori, oppure delle parti*

Trieste, 3 dicembre 2014

f.to Il Presidente, estensore  
(dot. Paolo Scusa)

dep. in data 5-12-2014  
f.to il Cancelliere

## NOTE A SENTENZA

## Il *ne bis in idem*: un principio fondamentale in ambito nazionale e sovranazionale.

ANNALISA MALAFRONTÉ

### ABSTRACT

*The "ne bis in idem" principle, that is applicable in all European Union member states, means that a person cannot be indicted twice in a case which has been definitively settled by a justice. It has gained in importance in the international sphere only when the states have signed several agreements, that rule this subject. Among these the European Convention on Human Rights (ECHR), the Convention implementing the Schengen Agreement and the Charter of Fundamental Rights of the European Union are noteworthy. The copious jurisprudence (internal and international) pronounced on the point has contributed (and is still contributing) to expand the area of applicability of the "ne bis in idem" principle, considered as a fundamental human right. The judgement n. 28/2014 of the Court of Assizes rightfully joins in this progress, aimed at the construction of a European judiciary area.*

*"La medesimezza del fatto postula un'identità soggettiva, caratterizzata dall'essere uno stesso soggetto sottoposto a procedimento penale in due o più Stati, e un'identità oggettiva, sulla quale a lungo si è dibattuto, dal momento che alcuni la identificano con la nozione di reato, mentre altri con i fatti materiali, così come concretamente si sono svolti."*

**Ass. Napoli, 4 novembre 2014, n. 28 — SPAGNA, Presidente — SASSONE, Estensore — k. Imp.**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio del *ne bis in idem*: rilievo nazionale e sovranazionale. – 3. Il caso K. esaminato dalla terza sezione della Corte d'Assise con la s. n. 28/14. – 4. Nuovi scenari applicativi.

1. La sentenza della Corte d'Assise di Napoli, pronunciata il 4 novembre 2014, si è occupata del tema concernente il rilievo del *ne bis in idem* in ambito sovranazionale, rappresentando un ulteriore tassello del percorso evolutivo che ha segnato la sua affermazione quale principio generalmente riconosciuto.

Tale questione, ancorché di antica memoria, è stata affrontata a più riprese dalla giurisprudenza interna e internazionale, mostrando sistematicamente una rinnovata attualità, emersa da ultimo nell'ordinanza di rimessione proposta dalla V sezione della Corte di Cassazione dinanzi alla Corte Costituzionale il 10 novembre 2014 (e depositata il 15 gennaio 2015).

2. Il principio del *ne bis in idem* è riconosciuto pacificamente in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, dove è disciplinato (talvolta) anche a mezzo di una norma di rango costituzionale<sup>1</sup>, rappresentando una garanzia incompressibile dell'individuo, posta a tutela della sua libertà di circolazione.

---

1. Nella Costituzione tedesca, ad esempio, il *ne bis in idem* è sancito dall'art. 103 III GG, a norma del quale "Per la medesima azione nessuno può essere punito più di una volta in base alle leggi penali di carattere generale".

Il *ne bis in idem*, infatti, tutela l'imputato dall'instaurazione di processi multipli riguardanti la medesima *res iudicanda*, che soffocano il suo diritto di difesa (art. 24 Cost.), vanificano le esigenze di certezza del diritto inscindibilmente collegate ad una pronuncia giudiziale definitiva e si pongono in contrasto con il principio di economia processuale.

Nell'ordinamento giuridico italiano il *ne bis in idem* è previsto dall'art. 649 c.p.p., che impedisce di avviare un nuovo procedimento penale per accertare la responsabilità della stessa persona per il medesimo fatto di reato, quando sul punto siano previamente intervenuti una sentenza o un decreto penale divenuti irrevocabili.

Il legislatore, inoltre, prevede che quando ad onta del divieto sancito in via generale nel primo comma si instaura comunque un nuovo procedimento penale, il giudice deve pronunciare una sentenza di proscioglimento (artt. 529 ss. c.p.p.), se rileva il vizio in udienza preliminare, o una sentenza di non luogo a procedere (art. 425 c.p.p.), se il vizio emerge in dibattimento, in entrambi i casi enunciandone la causa nel dispositivo.

L'art. 649 c.p.p., tuttavia, si applica solamente nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano e non dispiega alcun effetto quando concorrono, in riferimento ad uno stesso fatto, una sanzione nazionale e una irrogata da un altro Stato.

Per molto tempo il *ne bis in idem* non ha trovato applicazione oltre i rigidi confini dei singoli Stati, perché questi erano del tutto autonomi nella gestione dello *jus puniendi* e non intendevano riconoscere alcuna autorità superiore cui delegare una parte dello stesso.

Quando poi la diffusione di molteplici forme di criminalità transnazionale ha fatto emergere l'esigenza di avviare una fattiva cooperazione tra gli Stati, che confluisse anzitutto nella creazione di uno spazio giudiziario europeo, ispirato al principio del mutuo riconoscimento e all'armonizzazione delle legislazioni dei singoli ordinamenti, si è fatto ricorso allo strumento convenzionale per estendere lo spazio operativo del *ne bis in idem*<sup>2</sup>.

Le numerose convenzioni stipulate in materia e la loro prevalenza sul diritto interno assicurata dall'art. 117 Cost. hanno comportato anche un sostanziale ridimensionamento dell'art. 11 c.p. che, in ossequio al principio di territorialità, impone al giudice di applicare la legge italiana ai reati commessi sul territorio dello Stato, ancorché giudicati all'estero, rappresentando così un ostacolo, che impediva di conferire al principio in esame un rilievo sovranazionale.

Fra tutte le convenzioni stipulate, ricoprono di certo un ruolo significativo gli accordi contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, ratificata da parte di tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, sancisce il divieto di

---

2. Cfr. SATGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5. Auflage, Nomos, p. 183 ss.

*bis in idem* all'art. 4 del Protocollo 7 CEDU<sup>3</sup>, nell'art. 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen (CAAS), in vigore nell'ordinamento giuridico italiano dal 1997<sup>4</sup>, e nell'art. 50 della Carta di Nizza, proclamata il 7 dicembre 2000<sup>5</sup>.

La CAAS e la Carta di Nizza, in particolare, dopo l'emanazione del trattato di Amsterdam (1997) e di quello di Lisbona (2007), sono state equiparate ai trattati e conseguentemente ritenute parte integrante del diritto comunitario.

Le convenzioni in parola, inoltre, enunciano il principio del *ne bis in idem* attraverso una formulazione che differisce da un punto di vista stilistico, la prima essendo seguita dall'enunciazione di alcune deroghe all'operatività del principio, cui gli Stati avevano facoltà di aderire<sup>6</sup>, la seconda, invece, mostrandosi più stringata e asciutta.

In seguito all'entrata in vigore della CAAS la giurisprudenza italiana ha manifestato il suo favore all'applicabilità del principio in ambito internazionale, ritenendolo essenziale alla creazione di uno spazio giudiziario europeo<sup>7</sup>.

Anche l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia in merito all'art. 54 CAAS ha contribuito ad estendere lo spazio applicativo del principio, subordinato alla sussistenza dell'identità soggettiva e oggettiva, oltre che alla presenza di una sentenza definitiva (di assoluzione o di condanna).

L'identità soggettiva consente di applicare il principio quando uno stesso soggetto è sottoposto ad un procedimento penale in due o più Stati differenti, non estendendosi anche all'identità dell'autorità giudiziaria che procede a compiere l'accertamento.

L'identità oggettiva, invece, facendo riferimento alla nozione di "*idem factum*", può essere intesa sia come fatto dotato della stessa qualificazione giuridica, limitando

---

3. L'art. 4 del Protocollo 7 CEDU testualmente dispone: "*Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente nella giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale stato*".

4. L'art. 54 CAAS sancisce che: "*Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita*".

5. L'art. 50 della Carta di Nizza prescrive che: "*Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*".

6. L'art. 55 così recita: "*1. Una Parte contraente può, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente convenzione dichiarare di non essere vincolata dall'art. 54 in uno o più dei seguenti casi: a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio in tutto o in parte. In quest'ultimo caso quest'eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata; b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente; c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio. 2. Una Parte contraente, che effettua una dichiarazione in relazione all'eccezione menzionata al paragrafo 1, lettera b) preciserà le categorie di reati per le quali tale eccezione può essere applicata. 3. Una Parte contraente potrà in ogni tempo, ritirare la dichiarazione relativamente ad uno o più delle eccezioni di cui al paragrafo 1. 4. Le eccezioni che sono state oggetto di una dichiarazione ai sensi del paragrafo 1 non si applicano quando la Parte contraente di cui si tratta ha, per gli stessi fatti, richiesto l'instaurazione del procedimento penale all'altra Parte contraente o concesso estradizione della persona in questione*".

7. *Ex plurimis* Cass. pen., Sez. I, 3 dicembre 2002, n. 801; Cass. pen., Sez. I, 5 aprile 2013, n. 20464; Cass. pen., Sez. I, 12 giugno 2014, n. 29664.

così l'applicazione del principio alle sole ipotesi in cui gli Stati coinvolti disciplinano allo stesso modo le circostanze di fatto sottoposte all'esame giudiziale, sia come fatti identificati nella loro concreta materialità, con conseguente significativo ampliamento della portata applicativa dell'istituto.

La Corte di Giustizia ha recepito il secondo degli orientamenti suesposti, facendo leva sull'espressione utilizzata nella CAAS ("fatto" e non "reato") e sulla necessaria, reciproca fiducia che uno Stato deve riporre nelle legislazioni degli altri<sup>8</sup>, anche quando l'applicazione della diversa normativa potrebbe condurre ad una diversa risoluzione del caso di specie<sup>9</sup>.

Del resto, la tendenza ad estendere le maglie dell'istituto emerge anche dalla nozione di sentenza definitiva, che, come evidenziato dalla Corte di Giustizia e successivamente dalla Corte di Cassazione che ne ha appreso l'orientamento, comprende non solo una pronuncia di assoluzione per insufficienza di prove (indicativa di un accertamento giudiziale sul merito che esaurisce lo *ius puniendi* dello Stato procedente)<sup>10</sup>, ma anche una sentenza di assoluzione pronunciata perché il fatto si è prescritto<sup>11</sup>, un provvedimento cd. di mediazione penale<sup>12</sup> o addirittura un provvedimento d'archiviazione<sup>13</sup>.

Rispetto all'art. 50 della Carta di Nizza, l'art. 54 CAAS prevede un ulteriore elemento differenziale, costituito dalla presenza di un provvedimento definitivo che sia stato eseguito, in corso di esecuzione o che non possa essere più eseguito<sup>14</sup>.

Questo requisito, tuttavia, non rende incompatibili le due norme, essendo finalizzato a scongiurare l'eventualità che "un soggetto giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente non possa più essere perseguito per i medesimi fatti in un secondo Stato contraente e resti quindi, in definitiva, impunito quando il primo Stato di condanna non ha fatto eseguire la pena inflitta"<sup>15</sup>.

La sentenza pronunciata dalla terza sezione della Corte d'Assise n. 28/2014 s'iscrive in questo ormai già ben delineato percorso evolutivo, portando con sé taluni elementi di novità, che meritano di essere segnalati.

Il caso di specie, sottoposto all'esame della Corte, riguardava un episodio omicidiario commesso sul territorio napoletano ai danni di un giapponese in vacanza da parte di tre cittadini polacchi: due di questi sottoposti ad un processo in Italia e in

---

8. Cfr. Corte di Giustizia, 11 febbraio 2003, cause riunite C – 187/01 e C – 385/01.

9. Cfr. Corte di Giustizia, 9 marzo 2006, C – 436/2004, "van Esbroeck". "L'eventualità di qualificazioni giuridiche diverse dei medesimi fatti in due Stati contraenti diversi non può ostare all'applicazione dell'art. 54 CAAS. [...] L'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro". Cfr. anche Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, C – 367/05 "Kraaijenbrink".

10. Cfr. Corte di Giustizia, 28 settembre 2006, C – 150/05, "Van Straaten".

11. Cfr. Corte di Giustizia, 28 settembre 2006, C – 467/04, "Gasparini".

12. Cfr. Corte di Giustizia, 11 febbraio 2003, n. 187, "Gözütok e Brügge".

13. Cfr. Cass., S.U., 22 marzo 2000, n. 9; Cass., Sez., II, 18 gennaio 2007, n. 7385.

14. Cfr. Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, C – 288/05, "Kretzinger"; Corte di Giustizia, 11 dicembre 2008, C – 297/07, "Bourquain".

15. Così Corte di Giustizia Causa C – 129/14 PPU, "Spasic".

in seguito condannati, l'altro, *K. Marek*, tornato in Polonia qualche giorno dopo l'omicidio. Il MAE presentato a suo carico è stato respinto perché il "fatto" era stato già oggetto di un precedente accertamento in Polonia.

Mentre la Difesa dell'imputato ha rilevato l'impossibilità di condurre un nuovo processo in Italia, in quanto contrario al *ne bis in idem* di matrice convenzionale, l'Accusa, al contrario, ha ritenuto indispensabile la celebrazione del processo in Italia, poiché in Polonia era stata accertata la responsabilità penale dell'imputato solo con riguardo al reato di rapina, ma non con riguardo all'altro capo d'imputazione (omicidio), archiviato dall'autorità giudiziaria polacca.

La Corte d'Assise ha pronunciato una sentenza di non luogo a procedere in base al combinato disposto degli artt. 129 c.p. e 649 c.p.p, dichiarando sussistente il principio del *ne bis in idem*, così come formulato dai tre trattati sopra menzionati, cui sia l'Italia che la Polonia hanno aderito.

Per ciò che concerne la Carta di Nizza, tuttavia, appare opportuno evidenziare che il Protocollo n. 30 dispone che la Corte di Giustizia non ha la competenza nel verificare la compatibilità delle norme presenti nell'ordinamento polacco con i principi, i diritti e le libertà sanciti dalla Carta e che i diritti in essa previsti non sono azionabili dinanzi agli organi giurisdizionali della Polonia, salvo che siano previsti nel diritto interno.

Da questa prescrizione normativa emerge che la Carta di Nizza vincola la Polonia solo in parte e cioè solo nella misura in cui prevede al suo interno diritti compatibili con la Carta.

L'ordinamento giuridico polacco, in effetti, prevede il *ne bis in idem* all'art. 17, par. 1, punto 7 k.p.k.<sup>16</sup>; una disposizione, questa del tutto conforme alla lettera legis della Carta di Nizza, che perciò può essere invocata anche dinanzi all'autorità giurisdizionale polacca senza che ne possa essere dichiarata l'inutilizzabilità.

La CEDU, la CAAS e la Carta di Nizza rappresentano quindi i tre capisaldi della sentenza in esame che, pronunciata anche in merito all'applicabilità della Carta di Nizza nell'ordinamento giuridico polacco, contribuisce a qualificare il *ne bis in idem* come principio generalmente riconosciuto, parte integrante del diritto comunitario e diritto umano fondamentale costituzionalmente rilevante, analogamente ai trattati.

Le considerazioni svolte sono utilizzabili, secondo la Corte d'Assise, anche dinanzi ad una pronuncia di archiviazione, quando però dalla produzione degli atti

---

16. La sentenza, che qui si commenta, riporta testualmente la disposizione normativa nella versione in inglese: "*Criminal proceedings shall not be instituted, or, if previously instituted, shall be discontinued, when criminal proceedings concerning the same act committed by the same person has been validly concluded or, if previously instituted, is still pending*".

di causa è possibile evincere la sussistenza di un accertamento nel merito avente ad oggetto l'infondatezza della notizia di reato, "con conseguente giudizio di non colpevolezza, suscettibile di passaggio in cosa giudicata e di esplicitare pertanto un'efficacia preclusiva all'instaurazione di altro giudizio".

4. Il percorso evolutivo tracciato consente, dunque, di abbandonare una prospettiva d'analisi rigidamente ancorata a istituti e a peculiari connotazioni dei singoli ordinamenti interni, al fine di utilizzarne una più estesa, che, in una visione di più ampio respiro accoglie il monito con il quale la Corte Costituzionale ha esortato il legislatore a realizzare e a garantire una tutela dei diritti fondamentali sistemica, non più disintegrata "in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro"<sup>17</sup>.

Dimostrato il rilievo indiscusso del *ne bis in idem* in ambito nazionale e sovranazionale, emerge l'ulteriore, altrettanto pressante esigenza d'introdurre misure idonee a prevenire l'instaurazione a monte di una pluralità di processi per il medesimo fatto a carico dello stesso individuo; un obiettivo, questo, che può essere realizzato solo attraverso un'innovazione delle discipline dei singoli ordinamenti in vista della loro futura armonizzazione.

Allo stato manca una disciplina organica del fenomeno della litispendenza internazionale, ma vanno in questa direzione la proposta di decisione quadro del 2009 e la Decisione quadro 2009/948 GAI, che hanno introdotto meccanismi volti a favorire la consultazione e lo scambio d'informazioni tra Stati membri per "concentrare i procedimenti penali in un unico Stato membro"<sup>18</sup>.

La Corte di Giustizia, d'altra parte, intervenuta nel recente caso *Stevens contro Italia*, ha aperto nuovi spiragli, sia pure nel diverso contesto della materia sanzionatoria, dichiarando incompatibile il sistema del doppio binario vigente nell'ordinamento giuridico italiano, ritenendo sussistente il principio del *ne bis in idem* anche quando concorrono avverso il medesimo fatto una pena e una sanzione amministrativa accomunabile alla prima per il medesimo carico afflittivo<sup>19</sup>.

Questa sentenza ha avuto una portata dirompente nell'ordinamento giuridico italiano, riconoscendo al *ne bis in idem* uno spazio applicativo prima inimmaginabile, oltre ad aver ottenuto un gran numero di consensi da parte non solo della giurisprudenza di merito<sup>20</sup>, ma anche della stessa Corte di Cassazione, che nella recentissima ordinanza (all'inizio richiamata) ha sollevato questione di legittimità costituzionale in merito agli artt. 187bis TUF (sull'abuso d'informazioni privilegiate) e 649 c.p.p., ritenendoli non conformi al principio del *ne bis in idem* formulato

---

17. Corte Cost., sentenza 28 Dicembre 2012 n. 264.

18. Art. 10 Decisione quadro 2009/948.

19. Sono intervenute sull'argomento Corte EDU, Grand Chamber, 10 febbraio 2009, Zolotukhin v. Russia e Corte EDU, Grande Stevens e altri contro Italia, dep. il 4 marzo 2014.

20. Tribunale di Brindisi, s. n. 2881/2014.

dall'art. 4 Protocollo 7 CEDU, nella parte in cui non consentono al giudice di dichiarare il principio del ne bis in idem in presenza di una sanzione amministrativa, che abbia una natura sostanzialmente penale<sup>21</sup>.

---

21. Cfr. Cass., pen Sez. V, ordinanza 15 Gennaio 2015 n. 1782.

# La messa alla prova per imputati maggiorenni all'esame delle Sezioni Unite.

LUDOVICA MARTINS

## ABSTRACT

*Due to the lack of a transitional rule, the applicability, or less, to the processes in the course of the new probation, should result from a systematic view of this institute.*

*"Gli effetti di carattere sostanziale dell'istituto sopra indicati potrebbero deporre per una interpretazione estensiva della norma anche ai fatti pregressi ed ai procedimenti pendenti, sia per l'applicazione dell'art. 2 c.p., comma 4, sia per coerenza alla significativa evoluzione della giurisprudenza sul principio di retroattività della lex mitior, alla luce delle fonti internazionali e comunitarie e dei principi affermati dalla Corte di Strasburgo, che hanno portato anche a mitigare il principio della intangibilità del giudicato"*

**Cass. pen. Sez. IV, Ord., 09 luglio 2014 (dep. 11-07-2014), n. 30559 — BRUSCO, Presidente — PICCIALLI, Relatore — D.R.N., Ricorrente**

SOMMARIO: 1. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 30559 del 2014. – 2. L'evoluzione storico-giuridica della *probation*. – 3. La messa alla prova per imputati maggiorenni: un istituto che tradisce la sua ragion d'essere. 4. L'inquadramento sistematico del *novum* normativo.

1. La recente legge n° 67 del 2014, entrata in vigore il 17 maggio scorso, tra le varie modifiche apportate al codice penale e al codice di procedura penale ha introdotto nel nostro processo ordinario la sospensione del procedimento con messa alla prova per gli imputati maggiorenni.

Affermare la novità nel nostro ordinamento della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non è, però, del tutto corretto in quanto questo istituto è stato mutuato dall'art 28 del D.P.R 448 del 1988 in tema di “disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni”, e di conseguenza è tipico del panorama della legislazione penale minorile.

Al di là della disciplina di questo procedimento, un primo problema, serio, è sorto all'indomani della pubblicazione della legge, giacché ci si è posto il dubbio, in giurisprudenza, se, in mancanza di una norma che ne disciplini la fase transitoria, essa potesse essere applicata ai processi in corso; tema posto all'attenzione delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione, per rinvio da parte della quarta sezione della stessa Corte ai sensi dell' art 618 c.p.p.<sup>1</sup> con ordinanza n. 30559 del 2014.

---

1. Art 618 c.p.p., “Se una sezione della corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o d'ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle Sezioni Unite”

Sennonché, con provvedimento della settimana successiva il Primo Presidente cancellava la questione dal ruolo delle Sezioni Unite poiché il termine di prescrizione del reato oggetto del ricorso si sarebbe compiuto nelle settimane seguenti<sup>2</sup>.

Sicuramente tale provvedimento sottrae rilevanza pratica alla questione; eppure ne appare innegabile l'importanza, in considerazione del coro di voci che, condivisibilmente, manifesta la necessità di disciplinare la sorte di quei processi per i quali alla data di entrata in vigore della legge n. 67 del 2014 (17 maggio 2014) non sia stato possibile presentare l'istanza per accedere al nuovo rito speciale.

L'ordinanza<sup>3</sup>, che quindi non ha avuto seguito, merita comunque un commento; soprattutto in virtù della consapevolezza dell'attualità della problematica.

La questione è molto interessante e, a tratti, complessa; e proprio per questo motivo appare necessaria una preliminare descrizione storico-giuridica di tale istituto per poter cogliere realmente le problematiche poste al vaglio del Supremo Collegio. Per quanto riguarda la legislazione minorile la messa alla prova è intimamente connessa al ruolo stesso della giurisdizione penale minorile.

Invero, con il D.P.R. 448/88 si è passati da una visione del minore deviante come soggetto senza diritti né tutele a cui applicare la sanzione prevista dalla legge ad una visione di soggetto con diritti e tutele in grado d'essere protagonista attivo del suo percorso evolutivo, considerate anche le risorse e le potenzialità di cui dispone.

Il D.P.R. del 1988, infatti, ha un preciso obiettivo: coniugare i principi dell'esercizio dell'azione penale con la tutela degli individui in fase evolutiva.

Negare che il processo penale minorile abbia come obiettivo primario l'accertamento del fatto (come d'altronde il processo penale ordinario) sarebbe un grave errore; ma ciò non toglie che il D.P.R., pur non sacrificando la funzione genetica del processo, ne pieghi le strutture a favore del diritto all'educazione.

Partendo dal presupposto che il minore è un soggetto in fieri, bisogna riconoscere la specialità della sua condizione e la necessità che tutte le norme predisposte per un procedimento a suo carico siano applicate nel pieno rispetto della sua personalità e del suo sviluppo. All'interno di questo panorama ha trovato piena applicazione e piena ragione l'istituto della sospensione per messa alla prova, che il D.P.R. 448 disciplina agli artt 28<sup>4</sup> e 29<sup>5</sup>.

---

2. Cfr. Cass. pen., sez IV, ordinanza 9 Luglio 2014 n. 30559

3. Cfr. Cass. pen., sez IV, ordinanza 9 Luglio 2014 n. 30559

4. Art 28 D.P.R. 448 del 1988 *“Il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minore all'esito della prova disposta a norma del comma 2. Il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi, per un periodo non superiore a un anno. Durante tale periodo è sospeso il corso della prescrizione. Con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minore ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato. Contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore. La sospensione non può essere disposta se l'imputato chiede il giudizio abbreviato o il giudizio immediato. La sospensione è revocata in caso di ripetute e gravi trasgressioni alle prescrizioni imposte.”*

2. L'iter storico-formativo di tale istituto non è stato del tutto lineare e privo di problematiche; se da un lato -infatti- ci si ispirava al modello anglosassone della *probation*, che prevedeva l'affidamento del minore ad un ufficiale di prova volontario o stipendiato, contemporaneamente da esso ci si distaccava.

Il risultato finale è stato sicuramente frutto della giurisprudenza costituzionale; in quanto il legislatore ha modellato il D.P.R su scelte di politica criminale di ultima ratio del processo, in ossequio al principio di tutela dei minori di cui all'art 31 Cost.; e già nell'art 3 della legge delega n°81 del 1987 alla lettera e), si prevedeva il “dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale, anche ai fini dell'apprezzamento dei risultati degli interventi di sostegno disposti “; la “facoltà del giudice di sospendere il processo per un tempo determinato, nei casi suddetti”; nonché la “sospensione in tal caso del corso della prescrizione”.

Attraverso questo istituto il procedimento giudiziario è sospeso e non annullato e al minore sono assegnati dei compiti che deve impegnarsi a svolgere.

Il giudice può disporre la sospensione del processo per un periodo di tre anni “quando ritiene di dover valutare la personalità del minore all'esito della prova”.

Nell'arco di sospensione stabilito, il minore s'impegna a seguire un progetto concordato con i servizi minorili che, perseguendo interventi di sostegno e cambiamento, prevede una serie di attività tra cui forme di riparazione attraverso lo svolgimento di attività socialmente utili e/o interventi di mediazione penale.

Al termine del periodo stabilito, se l'esito è positivo, il giudice dichiara con sentenza di non doversi più procedere nei confronti del minore imputato.

Il beneficio che ne deriva per il minore è l'estinzione del reato e la non configurazione di esso nel casellario giudiziario.

La sfida dell'articolo 28 è quella di applicare un modello di giustizia che prevede un trattamento mirato prima di una condanna e che offre all'imputato la possibilità di dimostrare l'inopportunità di seguire il procedimento giudiziario.

La sua finalità è di attivare le risorse personali e contestuali del minore, per fare in modo che assuma su di sé le conseguenze delle sue azioni, e soprattutto dimostri che sia in grado di riparare al reato commesso, per essere accolto nel contesto sociale.

---

5. Art. 29D.P.R 448 del 1988 “Decorso il periodo di sospensione, il giudice fissa una nuova udienza nella quale dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento del minore e della evoluzione della sua personalità, ritiene che la prova abbia dato esito positivo. Altrimenti provvede a norma degli articoli 32 e 33”.

6. Corte Cost., sent. 28 Maggio del 1987 n° 206; Corte Cost., 15 Luglio 1983, n° 222

7. C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Roma 2011.

Il progetto di messa alla prova presenta implicazioni sul piano educativo ed evolutivo che vanno dal sollecitare la capacità di produrre impegni e rispettarli, favorire l'adesione all'impegno stesso nei loro contesti di riferimento alla direzione di un processo socializzante<sup>8</sup>.

In questo senso il diritto all'educazione orienta in senso conforme a Costituzione i comportamenti del legislatore in materia di politica criminale e sinergicamente, interagisce con la filosofia della non desocializzazione, condizionando le strutture del processo minorile<sup>9</sup>.

3. Appare a questo punto chiaro, come l'istituto della messa alla prova trovi la sua ragione d'essere proprio nel minore e nel suo essere un soggetto in fieri; e come l'obiettivo sia chiaramente quello dello sviluppo psico-fisico del minore attraverso un progetto di non desocializzazione.

E' importante, però, sottolineare come l'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, oggetto di questo lavoro, non prenda in considerazione la sospensione per messa alla prova degli imputati minorenni. Essa è rivolta all'analisi del nuovo istituto che la legge n° 67 del 2014 ha introdotto nel nostro processo penale ordinario: la sospensione del procedimento per messa alla prova per imputati maggiorenni.

Ma proprio l'accurata descrizione dell' *excursus* storico-formativo e delle motivazioni che sono state l'origine di tale istituto di riferimento portano ad una inevitabile critica di questa recente scelta legislativa nonostante la IV sezione penale del Supremo Collegio, nell'ordinanza di remissione, configuri le finalità perseguite dal legislatore del 2014 come l' "*offerta di un percorso di reinserimento alternativo ai soggetti processati per reati di minore allarme sociale*".<sup>10</sup>

Ma, più che reinserimento sociale, tale istituto nel procedimento ordinario, appare come una chiara ipotesi di sanzione sostitutiva di tipo prescrittivo agli imputati che ne facciano richiesta; e cosa ancor più grave è che essa viene scontata in una fase processuale e non esecutiva, tipica delle sanzioni sostitutive.

Il rito mutuato nel procedimento ordinario, pur mantenendo un'affinità con il modello normativo di riferimento, appare totalmente diverso, nel contenuto e nei presupposti.

Ciò si spiega in maniera molto semplice: l'operazione politica di bilanciamento tra costi e benefici, in cui si sostanzia la sospensione con messa alla prova, risulta manifestamente ragionevole soltanto per l'imputato minorenne in quanto lo Stato rinuncia alla pretesa punitiva in astratto ritenendo premiente l'interesse all'integrazione sociale<sup>11</sup>.

Appare chiara, quindi la critica verso un istituto che avrebbe ragion d'essere solo in virtù del panorama minorile, ma che nel procedimento ordinario appare come una chiara anticipazione della pena prima della sentenza di condanna per fini

---

10. Cass. pen., sez IV, ordinanza 9 Luglio 2014 n. 30559

11. C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile* Roma 2011.

esclusivamente deflattivi all'interno del sovraffollamento dei processi nel nostro sistema giuridico penale: la messa alla prova che, mutuata dal D.P.R. 448, tradisce il fondamento della sua nascita.

4. Nonostante questo aspetto critico, però, la messa alla prova oramai fa parte del panorama del processo penale ordinario e con essa dobbiamo iniziare a confrontarci, soprattutto alla luce della problematica sollevata dai giudici della Suprema Corte, seppur tale ordinanza non ha avuto seguito.

La questione ha avuto origine da una memoria difensiva, depositata nel corso di un procedimento, dinanzi al Supremo Collegio, nella quale, alla luce del *novum* normativo, veniva richiesta dalla difesa dell'imputato la sospensione del processo per messa alla prova ex artt 168 bis e seguenti c.p. e 464 c.p.p della recente legge n° 67 del 2014.

La Corte, alla luce della disposizione di cui all'art 609, comma 2, c.p.p.<sup>12</sup>, prima di analizzare il merito del ricorso, si è quindi trovata a dover affrontare in via preliminare la questione dell'applicabilità, o meno, della sospensione per messa alla prova anche ai processi già pendenti.

Infatti, nonostante ci si sia soffermati sull'evoluzione storico-giuridica dell'istituto madre della messa alla prova e nonostante la critica di questo procedimento rispetto ad imputati maggiorenni, non possiamo negare che la tematica principale dell'ordinanza oggetto di questo lavoro sia questa: in mancanza di una norma transitoria che regoli la questione è possibile applicare nel procedimento penale la sospensione per messa alla prova -con i conseguenti benefici-per i processi in corso?

La tematica si intreccia inevitabilmente con l'inquadramento sistematico e con la natura giuridica dell'istituto.

Se, da un lato, la collocazione degli artt 168 bis, ter e quater c.p nel capo I, titolo VI del libro I del codice penale porta a ritenere che la sospensione del procedimento con messa alla prova sia una nuova causa di estinzione del reato e costituisca al tempo stesso un beneficio, dall'altro lato la collocazione delle disposizioni di cui agli artt 464 bis, *ter*, *quater*, *quinqüies*, *sexies*, *septies*, *octies*, e *novies* c.p.p nel libro VI porta, invece, a ritenere che la sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti costituisca essa stessa un procedimento speciale, nuovo, che si aggiunge ai riti del libro VI del codice di procedura penale.

L'inquadramento sistematico e la definizione della natura giuridica dell'attuale procedimento, in mancanza di una disciplina transitoria, è di notevole importanza e ha rilevanti riflessi sulla questione posta al vaglio delle SS.UU.

---

12. Art 609, comma 2 c.p.p. “*La Corte decide altresì le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo e quelle che non sarebbero stato possibile dedurre in grado di appello*”

Una norma transitoria avrebbe potuto dissipare ogni dubbio e offrirci una strada obbligata evitando la nascita di diverse problematiche di difficile soluzione; ma in mancanza di ciò l'unica soluzione sarebbe stata affidarci alla funzione nomofilattica della Corte Suprema, e all'analisi sistematica e giuridica di un istituto che presenta – come sopra descritto – caratteri sia di natura sostanziale che processuale!

Più specificamente la Cassazione, nell'ordinanza di remissione, riconoscendo che nel novello procedimento sono individuabili sia profili sostanziali, in quanto si tratta di una nuova causa di estinzione del reato, sia processuali, poiché il legislatore ha individuato precise scansioni temporali in cui proporre la richiesta, ha ritenuto di effettuare una serie di considerazioni in quanto se gli aspetti sostanziali deporrebbero per l'applicazione del principio di cui all'art. 2, co. 4, c.p. e all'adesione a quel filone giurisprudenziale<sup>13</sup> che muove dal principio della *lex mitior* – che ha pure mitigato il principio dell'intangibilità del giudicato<sup>14</sup> –, vi sono altri profili che tendono a smorzare l'applicazione immediata a tutti i processi.

Questa prima parte della motivazione sembrerebbe aprire alla possibilità di applicare l'istituto della messa alla prova anche a coloro che alla data di entrata in vigore della legge n. 67 del 2014 avevano superato i limiti temporali fissate dal legislatore, ma la Cassazione non ha trascurato di ricordare come non sempre la *lex mitior* sia applicabile, potendo essere previste delle deroghe soprattutto quando gli aspetti sostanziali devono convivere – come nel caso che ci occupa – con profili processuali.

Si legge, infatti, che “*si prospetta, pertanto, una soluzione interpretativa diversa potendosi legittimamente sostenere la tesi che il novum normativo, riguardando anche l'ambito processuale (v. gli artt. 464-bis e ss. c.p.p.), non determini di per sé l'applicazione dell'istituto della messa alla prova ai fatti pregressi e per i procedimenti pendenti, pregiudicando tale interpretazione il canone tempus regit actum, che corrisponde ad esigenze di certezza, razionalità e logicità, che sono alla radice della funzione regolatrice della norma giuridica*”<sup>15</sup>.

Soluzione questa discriminante per gli imputati che non possono fruire di questa nuova causa di estinzione del reato in ragione di una scelta del legislatore; ma allo stesso tempo optare per l'applicazione indiscriminata a tutti gli imputati implicherebbe la risoluzione di altri problemi ermeneutici tra cui l’*individuazione del giudice competente, dinanzi al quale può essere formulata richiesta di sospensione del processo con messa alla prova*”, posto che “*gli effetti sostanziali del nuovo istituto non consistono in automatismi dei quali il giudice possa fare applicazione anche all'esito del dibattimento, in sede di impugnazione o in fase esecutiva, essendo richiesto un esperimento comportamentale, caratterizzato da valutazioni di carattere discrezionale.*”

---

13. Cfr. Cass., sez. un., 7 maggio 2014, n. 258649.

14. Cfr. Cass. pen., sez IV, ordinanza 9 Luglio 2014 n. 30559.

15. Cass. pen., sez IV, ordinanza 9 Luglio 2014 n. 30559.

*Analoghe questioni si pongono nel giudizio di legittimità – ove, all’evidenza, è preclusa l’applicazione di tale regime – in caso di annullamento con rinvio, al fine di individuare il giudice competente”<sup>16</sup>.*

Ne consegue che proprio lo specifico aspetto relativo all’individuazione del giudice competente in riferimento all’attività che deve porre in essere al fine di valutare il programma e l’esito di questa nuova ed inedita forma di *probation* costituisce – nell’ipotesi di regime transitorio che rimetta in termini coloro il cui processo alla data di entrata in vigore della legge n. 67 del 2014 ha superato i termini preclusivi previsti dall’art. 464-bis c.p.p. – l’aspetto che ha suggerito, in forza della difficoltà interpretativa specifica, la rimessione della questione alle Sezioni unite.

In sintesi, non essendo stata prevista una norma transitoria, che contempra e disciplini le ipotesi in cui la parte intenda avvalersi dell’istituto in esame nell’ambito di un procedimento in cui il termine di decadenza è superato, si arriverà a ritenere applicabile il beneficio se si valorizzasse la portata “sostanziale” delle disposizioni; se per converso si valorizzassero le norme “processuali”, nella specie la disposizione di cui all’art. 464 bis c.p.p. che individua specifici momenti processuali per la proposizione della richiesta, allora la risposta finisce con l’essere di segno opposto.

E’ quindi fondamentale determinare in modo chiaro e cristallino la natura di questo *novum legislatvo* per individuarne la disciplina normativa!

Ma a chi spetta il compito di valorizzare l’una o l’altra opzione?

Tale compito sarebbe spettato, e sicuramente spetterà in futuro, al Supremo Collegio in virtù della funzione nomofilattica che il nostro ordinamento gli attribuisce tramite l’art 65 del R.D che disciplina l’ordinamento giudiziario<sup>17</sup>.

Ma a questo punto una riflessione, seppur breve, su tale funzione e sulle relative problematiche appare necessaria.

Il giudice cercando di temperare la norma astratta e il caso concreto assume un ruolo fondamentale nella precisazione dell’esatta portata della norma, la quale vive calandosi nella realtà, grazie all’interpretazione offerta dai giudici in relazione al caso concreto, attività che trova la sua massima espressione nel compito assegnato dall’ordinamento giudiziario al Supremo Collegio, le cui pronunce sono finalizzate a garantire “*quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini*”<sup>18</sup>.

Ne consegue che “*deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente creativa della interpretazione, la quale, senza varcare la linea di rottura col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima*”<sup>19</sup>.

---

16. Cfr. Cass. pen., sez IV, ordinanza 9 Luglio 2014 n. 30559.

17. R.D. 30 gennaio 1941, n. 12

18. Cfr. Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288.

19. Cfr. Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288

Aspetto questo che riveste un ruolo primario soprattutto in un periodo storico di pluralismo normativo in ragione delle costanti sollecitazioni a cui è sottoposta la Cassazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

D'altronde, nell'ambito della funzione nomofilattica della Suprema Corte di Cassazione, è lecito chiedersi quale sia l'esatto equilibrio tra l'art 65 dell'ordinamento giudiziario e il secondo comma dell'art 101 della nostra Costituzione; ovvero in quali termini costruire il rapporto tra una norma che assoggetta i giudici solo ed esclusivamente alla legge, e una norma che attribuisce alla S.C il compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni.

Rapporto che non può prescindere dal forte intreccio che ha con le convenzioni sovranazionali e il pluralismo delle fonti in cui oramai dobbiamo riflettere tutto il panorama giuridico!

## Inosservanza delle cautele sottese all'esame incrociato del minore vittima di abuso sessuale.

DEMETRIO PAIPAIS

### ABSTRACT

*By this judgment, the third section of the Cassation's Court has come back to rule about the requirements protocols prescribed by the " Noto Charter " concerning witness examination of child victims of sexual offenses.*

*"Sul valore della Carta di Noto e sulle eventuali violazioni delle prescrizioni in essa contenute la giurisprudenza di questa Corte costantemente ha affermato che non determina nullità o inutilizzabilità l'inosservanza dei criteri dettati stessa nella conduzione dell'esame dei minori persone offese di reati di natura sessuale, e non è neanche, di per sé, ragione di inattendibilità delle dichiarazioni raccolte "*

**Cass. pen. Sez. III, Sent., 1 ottobre 2014 (dep. 10-11-2014), n. 46176**

SOMMARIO: 1. Valutazione delle dichiarazioni testimoniali del minore persona offesa di reati sessuali e l'inosservanza della cautele sottese all'esame incrociato del testimone minore vittima; 2. L'intricato risvolto sanzionatorio sotteso all'inosservanza delle regole testimoniali. Il timido affermarsi della prova incostituzionale;

1. Nell'ambito della citata pronuncia, i giudici di legittimità hanno ritenuto di non doversi discostare dall'indirizzo ermeneutico assolutamente consolidato secondo cui la valutazione delle dichiarazioni testimoniali del minore persona offesa di reati sessuali presuppone un esame della sua credibilità in senso omnicomprensivo, dovendo tenersi conto, a tal riguardo, dell'attitudine dello stesso, in termini intellettivi ed affettivi, a testimoniare, della capacità a recepire le informazioni, ricordarle e raccordarle, delle condizioni emozionali che modulano i rapporti col mondo esterno, della qualità e natura delle dinamiche familiari e dei processi di rielaborazione delle vicende vissute, con particolare attenzione a certe naturali e tendenziose affabulazioni<sup>1</sup>.

La vicenda si origina da un procedimento penale per violenza sessuale e lesioni in danno di una minorenni, in cui la Corte d'Appello di Napoli, escludendo le doglianze difensive in ordine all'inattendibilità e conseguente inutilizzabilità della dichiarazioni della persona offesa, conferma la sentenza di condanna emessa dal giudice di *primae curae*.

---

1. *Ex plurimis*, Cass. Sez. III, 5 maggio 2010 n. 29612 in Rv. 247740; *cfr.* anche Sez. III, 26 settembre 2007 n. 39994 in Rv. 237952

Ricorre per cassazione il difensore deducendo la violazione dell'art. 499 c.p.p., commi 2 e 3, nonché un vizio di motivazione in ordine al giudizio di attendibilità espresso dalla Corte di Appello.

A tenore del ricorso, le dichiarazioni della persona offesa sarebbero il frutto di domande suggestive, formulate in palese violazione dei protocolli contenuti nella Carta di Noto.

Appare evidente che in procedimenti complessi e delicati quali quelli aventi ad oggetto reati sessuali, la valutazione della dichiarazione della vittima debba contenere un esame dell'attitudine psicofisica della vittima ad esporre la vicenda in modo esatto, nonché della sua posizione psicologica rispetto al contesto delle situazioni esterne ed interne<sup>2</sup>.

Ciò risulta ancor più stringente allorché vittima di un reato sessuale è un minore di per sé intrinsecamente vulnerabile, dotato di una naturale fragilità emotiva e di una scarsa capacità critica connessa all'età.

Tale consapevolezza è alla base di un coacervo normativo che, sia pure disomogeneo, si presenta come lo 'statuto' del contegno dichiarativo del minore, che introduce deroghe nel sistema processuale in virtù della condizione soggettiva e del fatto oggetto di accertamento<sup>3</sup>.

Si tratta di modalità speciali di acquisizione della prova, quanto a luogo, ambiente, tempo, assistenza di persone che conoscono il teste o di esperti, nonché a modi concreti di procedere all'esame, che non contrastino con altre esigenze proprie del processo, ma – al contrario – concorrano ad assicurare la non alterazione della prova, suscettibile di essere pregiudicata, ove si dovesse procedere ad assumere la testimonianza con le forme ordinarie<sup>4</sup>.

Ciò al fine di garantire l'effettiva tutela che deve raggiungersi nell'opera di bilanciamento tra inviolabilità della persona minore e le regole del giusto processo.

Il legislatore, tuttavia, ha predisposto particolari garanzie per la salvaguardia della serenità e dell'affidabilità delle dichiarazioni della vittima vulnerabile, ma non ha altrettanto, introdotto indicatori normativi diretti a regolare la delicatissima attività dell'esame testimoniale del minore, esposto ad influenze e condizionamenti esterni idonei a contaminare il fatto narrato.

Su tale versante, infatti, il divieto di domande nocive e suggestive che regolano l'esame testimoniale ex art. 499 c.p.p. lascia ampi margini di discrezionalità che connotano l'operatività del divieto, sia rispetto all'individuazione delle situazioni, sia rispetto ai risvolti sanzionatori<sup>5</sup>.

---

2. A. ZAMPAGLIONE, *Il divieto di rivolgere domande suggestive al teste minorenni ed il suo ambito di operatività*, *Rivista Diritto Penale e Processo*, 10/2013.

3. C. IASEVOLI, *Il minore fonte di prova tra assiologia ed effettività*, Napoli, 2012.

4. Cass. Pen., sez. III, 11 maggio 2011 n. 25712, <http://www.plurisonline.it>, in C. IASEVOLI, *Op. Cit.*

5. C. IASEVOLI, *L'esame testimoniale del minorenni*, in *Gazzetta Forense*, dicembre 2013

Al riguardo, l'indicazione normativa è nel senso di una preclusione assoluta di domande nocive e di una preclusione di domande suggestive circoscritta alla sola parte che abbia chiesto la citazione del teste (*rectius*: l'esame) o abbia interesse comune.

Parte della dottrina ritiene, pertanto, ammissibili le domande suggestive in sede di controesame in quanto dirette a saggiare l'attendibilità del teste<sup>6</sup>.

In altre parole, se si deve puntare alla fedele ricostruzione di una ipotesi attuale determinata, bisogna evitare che l'esaminatore possa suggerire una parte della ricostruzione minando la veridicità della dichiarazione; se, invece, si deve controllare l'attendibilità e la credibilità del dichiarante, la domanda suggestiva consente di saggiare la capacità di dare risposte sincere e legate ai ricordi ed alle conseguenze personali o di metabolizzare il contenuto delle domande facendo proprio come se fosse frutto di un personale ricordo o di una personale conoscenza<sup>7</sup>.

Sebbene la contrapposizione dialettica in sede di controesame argini il rischio di compromissione della spontaneità delle risposte, non può certo non tenersi conto della fragilità emotiva e psicologica del teste minore vittima<sup>8</sup>.

La tendenziosità della domanda suggestiva a costui formulata determinerebbe non solo la vanificazione della genuinità del segmento dichiarativo ma ferirebbe l'inviolabilità della persona minorenni, riconosciuta e garantita dall'art. 2 Cost.

Ad essere vanificata è la tutela assoluta del diritto, ogni qual volta attività che ledono tale inviolabilità fondano il libero convincimento del giudice<sup>9</sup>.

Ne discende che la fonte del divieto probatorio non si esaurisce necessariamente nella norma processuale ordinaria, potendo essere rappresentata anche da norme costituzionali.

2. Nella sentenza in commento, la Suprema Corte giunge alla conclusione che l'eventuale inosservanza, non riscontrata nel caso in esame, di cautele poste a presidio dell'assunzione della prova testimoniale e dei criteri dettati dalla Carta di Noto nella conduzione dell'esame al minore, non determinerebbero nullità o inutilizzabilità. Ritiene il Collegio che tale regola sia applicabile esclusivamente per quei principi che non trovano una corrispondente ed analoga disciplina nel codice di rito, perché in quest'ultimo caso, la loro violazione troverà ivi la sua regolamentazione.

---

6. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano in Studi sul processo penale*, Torino, 1992.

7. G. RICCIO, G. SPANGHER, *La procedura penale*, Napoli, 2002, p.538.

8. Cfr. Corte cost., 30 luglio 1997, n. 283, in Giur. cost., 1997, 2567. Nel senso che, in caso di esame di minorenni condotto dal presidente, «non sono invocabili i canoni di escussione dei testi forniti dall'art. 499 c.p.p.», v. Cass., Sez. III, 15 novembre 2002, in Cass. pen., 2003, 3873, m. 1127. In maniera ancor più eloquente, si veda Cass., Sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712, in Ced Cass., 250615, secondo cui «La disciplina predisposta per l'escussione dei testi difficilmente può essere trasferita nell'interrogatorio protetto del minore che si svolge con modalità

del tutto peculiari. Tuttavia, la Corte reputa che debbano valere anche per tali testi, anzi a maggior ragione che per gli adulti, il divieto di domande nocive, dettato per garantire una dichiarazione genuina, e suggestive [...] In tale procedura non è ammesso l'ordinario incrocio tra accusa e difesa e non è previsto un controesame, nel quale le domande suggestive sono ammesse, ma solo un esame diretto nel quale sono escluse; consegue che per i minori il divieto in oggetto è assoluto».

9. C. IASEVOLI, *Op. Cit.*

La giurisprudenza è costante nell'escludere che la formulazione di domande in spregio ai divieti di legge determini l'inutilizzabilità della testimonianza; ciò in quanto la prova non è vietata ma assunta con modalità diverse da quelle prescritte.

La giurisprudenza esclude altresì che l'escussione del teste in violazione ai divieti sopra citati possa determinare la sanzione della nullità in quanto non rientrerebbe in ipotesi tassative del codice di procedura penale<sup>10</sup>.

Tuttavia, tale granitica impostazione ha visto il timido affermarsi di un orientamento differente che, viceversa, riconduce la fonte della regola di esclusione della prova dichiarativa del minore, inficiata da domande suggestive, nell'alveo della prova incostituzionale assunta in violazione dei diritti inviolabili della persona, riconosciuti e garantiti dalla Costituzione (art. 2 Cost.)<sup>11</sup>.

Con riferimento a quest'ultima categoria, autorevole dottrina evidenzia che, sebbene sia noto il dissenso autorevolmente espresso in ordine all'esistenza della 'prova incostituzionale', la quale non sarebbe sorretta da alcun argomento giuridico, dal momento che i precetti costituzionali rappresentano altrettanti paradigmi della formazione attuata in sede legislativa<sup>12</sup>, risulta assolutamente consolidato, nella giurisprudenza costituzionale, un opposto orientamento.

La Corte Costituzionale ha, difatti, rimarcato, a partire dalla nota sentenza n. 34 del 1973, il principio secondo cui *"attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito"* ribadendo che *"non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo e del cittadino"*<sup>13</sup>. Le conseguenze dell'insegnamento della Consulta sono evidenti: il giudice che si imbatte in prove formate o acquisite in violazione di prescrizioni costituzionali non può farne alcun utilizzo<sup>14</sup>.

Da qui l'interrogativo, se la disposizione dell'art. 191, co. 1 c.p.p., atteso il tenore letterale, descriva l'ambito di attività della sanzione di inutilizzabilità con riferimento alle sole prove acquisite in violazione delle norme processuali, concernenti l'andamento anche alle prove conseguenti ad attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti ordinamentali della persona, tutelati in via non mediata dalla Costituzione<sup>15</sup>.

---

10. *Ex plurimis*, Cass., sez. III, sentenza 24 febbraio 2012 n. 7373, Cass. Pen., sez. III, sentenza 11 maggio 2012, n. 25712, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

11. C. IASEVOLI, Op.Cit.

12. G. RICCIO, *Relazione di sintesi su temi processuali sui quali si registrano contrasti giurisprudenziali*, in [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it).

13. Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. Cost.*, 1973.

14. G. RICCIO, *Relazione di sintesi su temi processuali sui quali si registrano contrasti giurisprudenziali*.

15. C. IASEVOLI, Op. Cit., p. 153.

In merito, le Sezioni Unite, hanno affermato che la categoria delle prove incostituzionali si è combinata con quella dell'inutilizzabilità essendosi ritenuto che i divieti ai quali fa riferimento l'art. 191 co. 1 c.p.p. siano non solo quelli previsti dalla norme processuali ma anche quelli rinvenibili in altri settori dell'ordinamento, in primo luogo nella carta costituzionale<sup>16</sup>.

Ne consegue che nella dinamica dell'accertamento probatorio, la proiezione finalistica della locuzione di inutilizzabilità è la tutela dei diritti inviolabili della persona<sup>17</sup>.

Alla stregua di questi rilievi, l'inosservanza di cautele poste a presidio dell'assunzione della prova testimoniale del minore determinerebbe, contrariamente a quanto sostenuto nella citata sentenza, inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. del segmento dichiarativo inficiato da domande suggestive.

Ciò in quanto la domanda suggestiva formulata al minore ferisce l'invioabilità della tutela della persona ex art. 2 Cost.

Tale condivisibile orientamento induce a ritenere che, sebbene i principi posti a tutela dalla cosiddetta Carta di Noto, lungi dall'aver valore normativo, si risolvano in meri suggerimenti diretti a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni del minore e la protezione psicologica dello stesso, l'eventuale inosservanza delle linee guida in essa contenuta in ordine al divieto di domande suggestive determinerebbe la sanzione dell'inutilizzabilità trovando corrispondente ed analoga disciplina nell'art. 191 c.p.p.

La domanda suggestiva non soltanto ferirebbe l'invioabilità della persona minorenni determinando un segmento probatorio inutilizzabile riconducibile alla prova incostituzionale, non soltanto provocherebbe una 'violenza del processo' ma potrebbe generare, altresì, una contaminazione del fatto narrato che determinerebbe un ineludibile giudizio di inattendibilità.

---

16. Cass. pen., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, in <http://www.plurisonline.it>.

17. C. IASEVOLI, *Op.Cit.*, p. 154

## ESPERIENZE

# Il protocollo per le visite negli stabilimenti penali per la raccolta di informazioni sanitarie nel sistema penitenziario brasiliano

CLÁUDIO DO PRADO AMARAL

## ABSTRACT

*Born in Brazil, the protocol about the visits to the penal establishments for the health information's collection. The protocol's target is to enable people without specific knowledge in health (like members of the community) to carry out the monitoring of local detention with specific attention to the prisoners's health.*

Il Brasile è tra i cinque paesi al mondo col più alto tasso di applicazione della pena della reclusione; più precisamente occupa il terzo posto. La mancanza di posti (che va oltre i 200.000) è una grave questione. La popolazione carceraria ha raggiunto la cifra incredibile di 711.463 detenuti, ed altrettanto elevata è la percentuale di detenuti provvisori: 42%.

Dalle statistiche di base dell'imprigionamento risultano 289 carcerati per ogni 100 mila abitanti, media che è pari a 98 per ogni 100 mila abitanti nei paesi industrializzati, dove gli indici di pubblica sicurezza e le condizioni di vita sono molto più elevati, e di conseguenza si imprigiona meno. Vi è preoccupazione, in particolare, riguardo alle condizioni sanitarie della popolazione carceraria, che soffre spesso le dure conseguenze di una politica penitenziaria di imprigionamento di massa.

Attualmente, i Ministeri della Giustizia e della Sanità uniscono i loro sforzi al fine di minimizzare i problemi sanitari delle prigioni; nonostante ciò, la situazione non sembra migliorare molto. Volgendo uno sguardo attento a questa situazione, il Gruppo di Studi Carcerari Applicati della Università di San Paolo (*Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo – GECAP*) ha ideato questo protocollo, che è frutto di studi specificamente destinati a servire da guida per visite alle prigioni che ospitano detenuti definitivi o provvisori di sesso maschile, al fine di fornire informazioni sull'attenzione alle condizioni sanitarie degli stabilimenti.

Questo protocollo è stato terminato nel 2012. La presente versione, che di seguito viene riportata, rappresenta la 2ª edizione, perfezionata e pubblicata nel 2013. L'obiettivo del protocollo è abilitare persone senza conoscenze specifiche in campo sanitario (come per esempio membri del consiglio della comunità) ad effettuare il monitoraggio dei locali di detenzione con attenzione specifica alla salute dei prigionieri.

Si tratta quindi di una proposta di lavoro moltiplicatrice nelle sue finalità e ordinata su quanto disposto dall'articolo 4° della Legge dell' Esecuzione Penale: “ lo Stato dovrà ricorrere alla collaborazione della comunità nell'attività dell' esecuzione penale e delle misure di sicurezza”. Il protocollo è stato ideato in base a una visita da effettuarsi in quattro fasi, tutte in una sola giornata: 1) intervista al direttore; 2) intervista ai detenuti; 3) visita all'infermeria o settore sanitario dell'unità detentiva (caso ne disponga); 4) visita a celle e cortile.

Il tempo considerato necessario al completamento della visita con queste informazioni è di 6 ore circa. Si raccomanda che la visita abbia inizio di mattina, in modo tale da permettere al visitatore di essere presente nei momenti in cui il pranzo è preparato e servito.

È necessario, ed essenziale, che il visitatore potenziale effettui:

- 1) procedimenti previ per ottenere accesso all'unità, affinché il suo ingresso non soffra impedimenti o ritardi;
- 2) familiarità nell'utilizzazione e riempimento dello strumento;
- 3) comunicazione di eventuali situazioni di aggravamento severo e/o rischi alla salute dei detenuti a:
  - a) direttore dell' unità detentiva;
  - b) giudice ispettore dell'unità detentiva;
  - c) rappresentante del Pubblico Ministero che agisce insieme alla rispettiva sezione dell'esecuzione e;
  - d) al direttore dell' area sanitaria del Ministero Statale responsabile per l'amministrazione penitenziaria;
- 4) richiesta al giudice dell'esecuzione affinché vengano applicati meccanismi di compensazione in caso di aggravamento a causa della mancanza di dovuta attenzione alla salute.

La guida non ha la pretesa di essere esaustiva di tutto ciò che è da considerarsi irregolare in una visita di questo genere, ma piuttosto quella di raggiungere la maggior quantità possibile di informazioni rilevanti.

Si raccomanda di dare inizio a una frequenza minima mensile di visite di attenzione sanitaria, che possa servire, al contempo, da routine iniziale.

L'idea è semplice. Se ogni regione geografica ha un consiglio comunitario in attività, i suoi membri potranno procedere alla visita, seguendo la guida che presentiamo.

Il protocollo terminato con il risultato della visita deve essere inoltrato al giudice dell'esecuzione e alla Segreteria di Stato responsabile per i procedimenti/meccanismi compensativi.

Il GECAP-USP è a disposizione per promuovere training e abilitazioni che si facciano necessarie.

PROTOCOLLO DI VISITA IN STABILIMENTO PENALE PER LA RACCOLTA DI  
INFORMAZIONI SANITARIE

Il \_\_\_\_\_ del mese di \_\_\_\_\_ 20\_\_\_\_, si sono presentati:  
(nome delle persone che hanno eseguito il procedimento)

all'unità detentiva: (nome dell'unità detentiva)

situata a:

La visita è iniziata alle \_\_\_\_\_, e terminata alle \_\_\_\_\_, in  
presenza del direttore/della direttrice dell'unità, Sig. (a) \_\_\_\_\_.

---

hanno accompagnato i lavori (nome di chi ha accompagnato i lavori)

---

Il/I direttore/i dell'unità detentiva è/sono stato/i informati che la visita ha come  
fine specifico verificare le condizioni sanitarie generali della popolazione carceraria e la  
relativa assistenza in questo stabilimento carcerario, secondo l'articolo 14 della Legge  
dell' Esecuzione Penale.

**I.**

Per iniziare, è stato intervistato il/la direttore/direttrice generale dell'unità detentiva, che ha affermato che questa ha capacità ufficiale di \_\_\_\_\_ (numero detenuti), che attualmente vi sono alloggiati \_\_\_\_\_ (numero detenuti), e che alloggia detenuti:

- provvisori ( )
- definitivi ( )
- totali ( )
- di età compresa tra i \_\_\_\_\_ e i \_\_\_\_\_ anni
- i detenuti non sono separati in base all'età ( )
- i detenuti sono separati per in base all'età per ali, padiglioni, celle, raggi ( ) si/no

In risposta a quanto domandato, secondo quanto ordinato sotto, il/la Sig./Sig.ra Direttore/Direttrice generale afferma:

*1) Cosa può dire riguardo alle condizioni sanitarie generali dei detenuti di questa unità?*

*2) L'unità detentiva dispone di medici, dentisti/odontoiatri, infermieri, infermieri ausiliari? Quanti? Quanto spesso si trovano effettivamente presenti in questa unità detentiva?*

*3) Ci sono registri di visite mediche/dentistiche ai detenuti? In caso non ci siano, come avviene l'annotazione di tutto ciò che riguarda le questioni sanitarie? Ci sono registri di richieste di assistenza medica da parte dei detenuti? Nel caso in cui ci siano, dove sono annotate? E includono la documentazione della soluzione applicata?*

*Dove sono tenuti questi documenti? OSS.: RICHIEDERE SEMPRE CHE I DOCUMENTI SIANO PRESENTATI PER LA VERIFICA.*

*4) C'è un registro dei decessi? Se c'è, qual'è stato l'ultimo registrato e qual'è stato l'evento che ha portato al decesso (malattia o fatto violento?)*

*5) L'unità dispone di un medico fisso? Chi è (nome e numero del registro medico)? In cosa è specializzato? Ha un contratto statale? Di quale Segreteria di Stato fa parte? Qual'è il regime di lavoro? Quante ore settimanali prevede il suo contratto, e in quali giorni? Quante ore settimanali lavora effettivamente?*

*Domandare lo stesso a rispetto di odontoiatri, infermieri e infermieri ausiliari.*

*6) Se l'unità non dispone di medico fisso, come sono effettuate le cure mediche? Quante ore e volte a settimana? Ci sono medici volontari?*

*Domandare lo stesso a rispetto di odontoiatri, infermieri e infermieri ausiliari.*

*7) Ci sono incarichi equivalenti a quello di "Direttore sanitario" nell'unità detentiva? Qual'è la formazione necessaria per l'incarico?*

*8) La consegna e l'applicazione di medicine somministrate e di altri prodotti relativi vengono registrate su di un libro o in una cartellina?*

*9) Come avviene il controllo del movimento di medicine e relativi prodotti?*

*10) La farmacia viene rifornita? Da chi (Segreteria di Stato, volontari, parenti dei detenuti)? Ci sono medicine o prodotti affini oltre la data di scadenza? Il luogo dove sono conservati è appropriato?*

*11) Qual'è / Quali sono lo/gli ospedali dove i detenuti che hanno bisogno di trattamento esterno sono trattati (esami e procedimenti)? Dove si trovano?*

12) *Come avviene la scorta per le cure ospedaliere esterne (polizia o con i mezzi dell'unità detentiva)?*

13) *In caso di necessità di trattamento esterno, le richieste di scorta rivolte all'organo esterno del caso (polizia, per esempio) – tanto per prendere un appuntamento, quanto per le emergenze – vengono registrate? Dove? Vengono presi provvedimenti nel caso in cui l'organo richiesto per la scorta non compaia?*

14) *Ci sono casi di AIDS tra i detenuti? Quanti? Di quale medicine hanno bisogno? Solamente controlli per esami del sangue? I "cocktail" sono a disposizione?*

15) *Ci sono casi di tubercolosi tra i detenuti? Quanti? I pazienti si trovano in cella comune o nell'infermeria locale? Ci sono medicine per la tubercolosi nell'unità detentiva? Quali?*

16) *Ci sono detenuti con malattie epidermiche? Quanti? Quali sono le malattie più comuni? L'unità detentiva è provvista di medicine specifiche? Quali?*

17) *Ci sono detenuti con disturbi psichiatrici nell'unità detentiva? Quanti? Dove sono alloggiati? Quali sono le malattie più comuni? Ci sono medicine specifiche? Quali?*

18) *L'incamminamento del detenuto-malato all'unità sanitaria esterna segue protocolli? Quali?*

19) *Quanti casi sono stati incamminati a cure in unità sanitarie esterne negli ultimi sei mesi?*

20) *L'unità detentiva dispone di una equipe odontoiatrica? È in funzione? (in caso ne disponga, non dimenticare di verificare se tutto funziona).*

21) *Dove sono preparati gli alimenti (nell'unità detentiva o da terzi)? Chi fornisce gli alimenti? Quante volte al giorno? Come vengono consegnati (orario, locale di preparazione, conservazione)? Chi consegna gli alimenti direttamente ai detenuti?*

*Quanto tempo trascorre tra la loro preparazione e la consegna? Chi li consegna deve maneggiarli? Ci sono posate? Usa e getta? Vengono lavate per il riutilizzo?*

*Riguardo all'alimentazione, la sua gestione è affidata a un nutrizionista?*

*22) Ci sono stati casi di malattie che si sospetta siano state provocate da alimenti? In caso ci siano state, sono stati presi provvedimenti? Quali?*

*23) Chi raccoglie gli avanzi di alimenti? Quante volte al giorno? Dove sono incamminati? Dove sono posti questi avanzi, fino a quando non vengono gettati nell'immondizia?*

*24) Da dove proviene l'acqua bevuta dai detenuti? È la stessa che usano per fare la doccia? È la stessa usata per lavare indumenti e pulire ambienti? L'acqua è razionata (per tempo o volume)?*

*25) Vengono forniti prodotti per l'igiene personale ai detenuti? Quali? In quale quantità e con quale frequenza? Chi li fornisce? E preservativi?*

*26) Informazioni sul lavaggio di indumenti e lenzuola e coperte (dove, come e con cosa vengono lavati)*

*27) Informazioni sui materassi (se i detenuti dormono su materassi, e qual'è il loro stato: nuovi, usati, molto usati, solo spugna, spugna rivestita con tessuto).*

*28) Ci sono ordinanze che regolano l'entrata di alimenti portati ai detenuti da visitatori? Nel caso in cui ci siano, ottenerne una copia e allegare.*

*29) Ci sono ordinanze che regolano l'entrata di medicine portate ai detenuti da visitatori? Nel caso in cui ci siano, ottenerne una copia e allegare.*

---

30) *Ci sono ordinanze che regolano l'entrata di indumenti portati ai detenuti da visitatori? Nel caso in cui ci siano, ottenerne una copia e allegare.*

31) *Quanti detenuti erano malati o feriti quando sono entrati nell'unità detentiva? Questo è stato registrato? Dove e come? Gli è stato offerto un trattamento iniziale? Quale? Questo trattamento è stato registrato?*

32) *Ci sono detenuti in sedia a rotelle e che dipendono da protesi? Fornire informazioni sulla situazione di questi detenuti (quantità, trattamento, manutenzione delle apparecchiature, ecc.)*

Rispondere solamente una volta fuori dall'unità detentiva: *In base alla sua intervista con il direttore, Le è sembrato che questi fosse cosciente delle principali difficoltà nel campo sanitario esistenti nell'unità detentiva di sua gestione? Spieghi perché.*

---

## II.

Intervista ai detenuti.

*Scegliere tra due e quattro detenuti di ogni raggio, ala o padiglione scelti casualmente in base alla lista dei detenuti dell'unità, in modo da evitare che gli intervistati siano "prescelti".*

*Non ammetta la presenza di funzionari dell'unità nella sala dove intervisterà il detenuto, e chiarisca al detenuto che le sue dichiarazioni verranno raccolte all'unico fine di verificare come sono messe in atto le attenzioni sanitarie.*

Sono stati intervistati i seguenti detenuti:

Nome: \_\_\_\_\_

Nome \_\_\_\_\_ dei \_\_\_\_\_ genitori: \_\_\_\_\_

Data di nascita: \_\_\_\_\_

Provenienza: \_\_\_\_\_

Detenuto numero: \_\_\_\_\_

Situazione detentiva: - provvisorio (  )

-definitivo (  ) - Condanna : \_\_\_\_\_

- Data in cui crede che verrà rimesso in libertà: \_\_\_\_\_

1) Cosa può dire riguardo alle condizioni sanitarie generali dei detenuti dell'unità detentiva?

2) Ci sono detenuti malati nel suo raggio/padiglione? Quanti? Di che cosa sono ammalati? Domandi al detenuto se nel suo raggio/ala/padiglione ci sono malati in stato di salute "pessimo" (usi questo termine). Se la risposta è affermativa, annoti il nome del detenuto e la sua malattia; successivamente, verifichi la soluzione offerta e se il detenuto si trova in infermeria.

3) Questi detenuti sono stati curati? In che modo? Quanto tempo è stato necessario per attendere la richiesta?

4) Come avvengono le cure sanitarie di emergenza durante la notte?

5) Ci sono state morti nel suo padiglione? Quando? Per quale motivo?

6) Quale aspetto sanitario la disturba maggiormente?

7) Chi fornisce le medicine? Ne manca qualcuna? Quale/i?

8) Chi e quanti puliscono la cella? Quanto spesso? Cosa utilizzano per pulire?

---

9) Cosa ha da dire sull'alimentazione? Quanti pasti sono offerti al giorno? Da dove vengono? Chi li consegna? Come sono conservati? Si usano posate? Di che tipo? (oss. Provi ad arrivare in un orario che Le permetta di sperimentare il pasto e di vedere com'è servito).

10) Chi raccoglie gli avanzi di alimenti? Dove sono portati?

11) Vengono forniti prodotti per l'igiene personale? Quali? Quanti e quanto spesso?

12) Chi lava gli indumenti e biancheria, e come?

13) I detenuti fanno la doccia tutti i giorni? Quante volte? L'acqua è razionata? Cos'ha da dire sull'acqua?

14) Da dove viene l'acqua che bevete? È la stessa che usate per la doccia, per la pulizia della cella e per lavare indumenti e biancheria? C'è qualcosa che vuole dire su quest'acqua (che bevete)?

15) Quanto spesso appaiono insetti nelle celle? E nei cortili? Quali sono i più comuni?

16) Si vedono animali che si cibano di avanzi di alimenti (ratti, uccelli, ecc.) nelle celle o nei cortili? Quanto spesso?

17) Vive a contatto con qualcuno che credi/sospetti sia malato? Sospetti si tratti di una malattia fisica o di un disturbo mentale? Per quale motivo credi sia malato? È in cura?

18) Ci sono detenuti che erano malati o feriti quanto sono entrati nell'unità detentiva? Quali sono stati questi casi? Gli è stato offerto trattamento iniziale? Quale?

19) Avete o vi sono forniti preservativi? In caso affermativo, sono sufficienti?

20) Ci sono detenuti su sedia a rotelle o con protesi? (oss.: nel caso in cui ci siano, chiedi al direttore di poterli intervistare).

---

### III.

Visita all' infermeria. È importante che sia effettuata insieme al direttore/direttrice sanitario/a e/o medico dell'unità detentiva e/o infermiere/a, se disponibile.

1) *Descriva la struttura fisica dell'infermeria (numero e disposizione di celle e sale per questa finalità, barelle, armadietti, tavoli, sedie, portaflebo, apparecchiature e strumenti medici, ecc.)*

2) *Descriva le condizioni ambientali dell'infermeria (ventilata o meno, luminosa o meno, se c'è odore di medicine, di feci, urina, muffa, ecc., o non presenta odori).*

3) *In infermeria si trovavano \_\_\_\_\_ (numero di detenuti al momento della visita), con le seguenti infermità, secondo le informazioni fornite da \_\_\_\_\_ (direttore/direttrice sanitaria e/o medico presenti).*

4) *Intervisti i detenuti che si trovano in infermeria al momento della visita (nome e qualifica). Gli domandi se c'è qualcosa di cui vogliono lamentarsi, e se erano malati già prima di entrare nell'unità; se sanno quali sono i loro rispettivi problemi di salute; quando e qual'è stata la prima volta in cui hanno esposto il problema; quando hanno richiesto assistenza medica; se questa richiesta è stata registrata e in che modo; da quanto tempo sono alloggiati in quelle celle/sale dell'infermeria; se sono stati visitati da medico o infermiere (nel caso in cui ne sia a conoscenza); quante volte sono stati visitati dal medico da quando si trovano in infermeria; accertarsi che questa visita sia stata registrata in libro o cartellina;*

*quale/quali medicine gli sono state somministrate? Da quanto tempo? Questa medicina è stata sempre a disposizione negli ultimi tempi? Verificare se esistono detenuti malati che si trovano in cella e che dovrebbero trovarsi in infermeria. Nel caso in cui ci siano, intervistarli sul loro stato e malattie e sul trattamento medico che ricevono.*

---

#### IV.

Visita alle celle.

1) *Prima di ogni altra azione, osservi i detenuti nelle celle o in cortile: Le sembrano in ordine? Deambulano normalmente? Parlano da soli? Fanno movimenti ripetitivi che suggeriscano disturbi mentali? Si grattano in modo intenso e frequente? Usano protesi? Usano sedie a rotelle?*

2) *Domandi quanti dormono in ognuna delle celle e come si sistemano, quanti dormono per terra, se qualcuno dorme in bagno, in una amaca fissata alla parete o all'aperto in cortile.*

3) *In che condizioni si trova la cella? Ventilata? Luminosa? C'è il bagno? Esala odori? Quali? È pulito? In che condizioni si trovano le pareti (muffa)? C'è elettricità? E il bagno? Riempia un bicchiere di vetro trasparente con acqua delle docce e la descriva. Ripeta il procedimento con l'acqua bevuta dai detenuti.*

4) *Come sono conservati i prodotti per l'igiene personale? In che stato si trovano (nuovi, aperti, odore, quantità)?*

5) *Ci sono alimenti conservati nelle celle? Come sono conservati?*

6) *Gli indumenti sono puliti? Dove sono conservati?*

7) *In che condizioni si trovano i materassi? Sono sufficienti per il numero reale di detenuti delle celle?*

8) *Ci sono avanzi di alimenti nella cella? E nel cortile? In caso ci siano, da quanto tempo sono lì?*

---

# Devianza, criminalità e trattamento: la relazione educativa con l'adolescente dai contesti contenitivi ai nuovi modelli di inclusione.

EMANUELE ESPOSITO\*

## ABSTRACT

*Many interdisciplinary analyses have tried to build educational communities in order to improve the fabric of society. For instance criminology at the beginning paid pedagogical attention only to the so-called common offenders. Subsequently, thanks to the adoption of an integrate approach, the increase of social complexities, and the coming of new marginalities in addition to the chronic ones, the criminological perspective has changed, embracing a pedagogical model with traits of revaluation antithetical to the correctional one. In this way it has been possible to give back people their essential role in the inclusive processes.*

SOMMARIO: 1. 1. Cenni storici della Giustizia Minorile – 2. L'adolescenza prolungata – 3. Perché sviluppare interventi in area penale esterna? L'approccio criminologico

1. La storia della Giustizia Minorile è stata caratterizzata negli ultimi 30 anni da una versatilità situazionale, che ha richiesto nel tempo complessi adattamenti operativi caratterizzati dalla necessità di riconversioni nell'azione professionale degli addetti ai lavori. In particolar modo l'asse operativo ha registrato un cambio di prospettiva a partire dagli anni 80 allorché il concetto di penale-sociale sposta l'interesse dal trattamento intramurario a quello extramurario nell'approccio alla devianza minorile. Ciò ha richiesto una nuova identità professionale degli Educatori nel proiettare la loro azione con modalità integrate con altre figure, nei luoghi di inclusione sociale dei ragazzi. La spinta di fondo di questa nuova azione operativa trova la sua matrice di riferimento nei modelli proposti da Erickson e Patterson, il primo ritenendo che gli Educatori dovevano agire in un'azione saldata psico-sociale, il secondo affermando che nell'intervento con i giovani devianti vanno agite azioni sistemiche.

A tutto ciò non è estranea la normativa di riferimento che si richiama ad una peculiarità di interventi organici degli operatori, aumentando la complessità dell'azione anche in un'ottica di decurtazione dell'allarme sociale che pericolosamente si richiama alla sola funzione sanzionatoria. L'intervento organico degli operatori è volto invece ad ingenerare una fiducia sociale che crei consenso e risultati anche al fine di evitare processi di esclusione e stigmatizzazione dei giovani, azionando le leve di intervento nei territori là dove nasce e si sviluppa l'azione deviante e facendo degli stessi territori una valida risorsa di inclusione.

---

\* Direttore del Centro di Prima Accoglienza presso il Tribunale per i Minorenni di Napoli

L'adolescenza prolungata.

E' importante partire da due indicatori fondamentali di riferimento

- 1) Giuridico
- 2) Psicosociale

1) La legge 11 agosto 2014, n° 117, introduce dei profondi e significativi cambiamenti sul piano della risposta giuridica, anche se spesso viene confusa con il concetto di svuota carceri.

Nel circuito di competenza della Giustizia Minorile introduce invece una tipologia di utenza, adulta spesso e solo anagraficamente, ma in una condizione psicosociale di quella che giustamente viene definita adolescenza prolungata.

Da tempo, infatti, si auspicava un radicale intervento legislativo che garantisse la continuità trattamentale iniziata da minore, spesso compromessa dal passaggio alla competenza del sistema penitenziario per adulti.

Gli Operatori minorili più datati nel tempo certamente ricorderanno le ansie e i timori di questo passaggio, e la citata normativa sicuramente salda un debito antico.

Va menzionato inoltre di come sia cambiata significativamente l'utenza minorile non solo sul piano anagrafico, altresì su quello qualitativo.

Se ci si sofferma sul dato qualitativo per la complessità che esprime tale tipologia di giovani, ciò richiede un sistema progettuale di forte respiro pedagogico che garantisca agli stessi crescita sociale e inclusione reale.

Una progettualità di tale portata richiede una grossa consapevolezza di un lavoro tra vincolo giuridico e progettualità educativa, allontanandoci dagli scheletri di un'educazione razionale-emotiva classica espressione di un modello correzionale, ampliando invece lo scenario di una pedagogia rivalutativa.

2) Nel pensare ad una progettualità inclusiva da destinare ai giovani adulti che continuano a permanere nel sistema della Giustizia Minorile, riteniamo utile un approccio complesso multidisciplinare che contribuisca a produrre un sistema unico di risposta.

Tale modello di intervento mette in campo diverse azioni sistemiche che andiamo a rappresentare schematicamente:

- a) Esigenza giuridica, tra sanzione, controllo e istanze di difesa sociale,
- b) Approccio psico-sociale,
- c) Approccio pedagogico,
- d) Costruzione di reti e opportunità di reale inclusione sociale,
- e) Formazione, intesa come teorizzazione dell'esperienza.

A) Spesso la risposta giudiziaria viene vista solo come deterrente, scarsa invece è la capacità critica data dal senso comune di guardare ad una esecuzione penale in un'ottica anche inclusiva. Questa macchia nera va certamente decontaminata e l'unico strumento è rappresentato dalle strategie inclusive, pur nel rispetto delle esigenze di difesa sociale.

B) Nel pensare all'approccio psico-sociale ci affidiamo invece a quanto rappresentato dalla psicologia dello sviluppo. Evitando di abbandonarci ad eccessive teorizzazioni il modello di riferimento è rappresentato - nonostante la condizione anagrafica - da una permanenza in un ciclo di vita non ordinario in cui il passaggio intergenerazionale e transgenerazionale non è stato ancora operato.

C) L'approccio pedagogico è invece pensato come autopoiesis, che possa avvalersi di continui processi di negoziazione e mediazione in rapporto al presente e al futuro.

D) Generare opportunità viene pensato come un sistema complesso di azioni che non rivestano un carattere prescrittivo, ma occasione di reale inclusione.

E) Gli Operatori della G.M. hanno acquisito nel tempo un bagaglio di notevole esperienza, che va necessariamente sistematizzata sul piano teorico-epistemologico. Evitando ogni tentazione di eccessiva teorizzazione si ritiene importante la metodologia della lettura ragionata e supervisionata dell'azione operativa che vada a comprendere il seguente canovaccio:

- e1) Il livello del capire,
- e2) Il livello dell'ipotizzare,
- e3) Il livello del progettare,
- e4) Il livello dell'eseguire,
- e5) Il controllo ricorsivo dei risultati.

Analisi quanto-qualitativa dell'utenza come costante misurazione del fenomeno, utile anche come strumento metodologico.

2. Nell'introdurci a questo aspetto è necessario un passaggio teorico come approccio, modello e metodologia di intervento.

Aichhorn, aveva sistematizzato l'antisocialità come disturbo del carattere, il contributo del canadese Padre Noel Mailloux (1971) ha invece teorizzato la delinquenza come un "disturbo di identità", sulla scia prima della psicologia psicoanalitica dell'io e poi della moderna teoria del narcisismo nella versione di Otto Kernberg.

Tra le molte teorie, interessante è quella di Mailloux, che riprende la cosiddetta psicologia della pecora nera, secondo la quale le condotte delinquenziali di un ragazzo sono legate all'immagine negativa che i genitori hanno di lui, facendogli così acquisire un'identità negativa.

Queste posizioni sono fortemente rappresentative della cosiddetta Education Sourveillé, che dagli anni 80' in poi si connoterà anche se con modalità e sfumature diverse sotto le voci di Educativa di strada, educativa territoriale, educativa familiare.

L'educativa di strada si caratterizza essenzialmente nell'incontrare i bisogni là dove si esplicitano, interagendo nei luoghi propri dell'espressione del disagio, intervento utilizzato prevalentemente alla lotta alla prostituzione, alla droga.

L'educativa territoriale, intende porsi essenzialmente come comunità educante, attraverso la rivalutazione delle risorse che i contesti offrono diversificandole in opportunità educative.

L'educativa familiare concentra invece il proprio sforzo metodologico nel rafforzare il sistema parentale e genitoriale in un quadro sistemico rifacendosi al modello sistemico inglese di Patterson, secondo cui nessun cambiamento può avvenire nel minore in difficoltà se tale processo non va a riguardare tutto il sistema familiare.

Le differenze tra i tre modelli di intervento, in effetti sono sottili, ma in comune hanno l'obiettivo dell'intervento inclusivo dei ragazzi nei luoghi e nei contesti là dove nasce e si sviluppa il disagio sociale, lontani da situazioni di residenzialità stigmatizzanti valorizzando le proprietà situazionali contigue: famiglia, scuola, Servizi, territorio.

Il concetto di Comunità Residenziale, che ha avuto un grosso valore negli anni 80' e 90', allo stato attuale rileva una rilevante crisi di identità, in quanto non può più rappresentare l'unico luogo sicuro e protetto per il trattamento delle devianze e delle marginalità.

Ciò specialmente se si pensa al superamento dei contesti totalizzanti, come ad esempio al carcere o comunque ad altre forme sottili di contenimento e controllo.

In tale ottica aree geografiche più sensibili ed attente alle politiche di welfare hanno costruito valide alternative, legiferando in sede locale azioni di politiche sociali di sostegno attraverso norme che vanno a riguardare la semiresidenzialità e i Servizi Diurni, come Presidi Pedagogici permanenti nei contesti di appartenenza.

Ciò consente di non snaturare l'intervento evitando processi di esclusione e stigmatizzazione, di non allontanare i ragazzi dai propri habitat affettivi e soprattutto di far sì che non si sentano deportati.

Ricontestualizzare in termini educativi i territori rappresenta quindi una scelta irreversibile riducendo al minimo o comunque superando la necessità risposte di controllo e contenimento, che pur celandosi sotto sigle e intenzioni pedagogico-inclusive, non rappresentano altro che la necessità di rispondere a mere esigenze di difesa sociale.

L'*Education Sourveillé*, vuole riproporsi come nuova metodologia di intervento che lontana dalle

# Devianza minorile e qualità urbana: la bellezza libera l'etica

GIANLUCA GUIDA\*

## ABSTRACT

*Some people argue that the every single living's future depends by the policies that, in the coming years, will be put in place for a better quality of life in our cities. The identity between deviant behavior and environments deviant leads us to reflect about the current state of the real contexts and about the need to understand that the task of an adult society is to promote and support a change that goes through the adoption of a social code's values than to the "delinquent".*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La devianza minorile nel nostro Paese – 3. Disagio sociale , un fenomeno dei grandi centri urbani – 4. La dispersione scolastica – 5. La crisi dei riferimenti familiari : minori, famiglie e sistemi – 6. Periferie – 7. La qualità urbana – 8. Il valore etico della relazione uomo ambiente – 9. Conclusioni

1. Taluni sostengono che il futuro di ogni singolo essere vivente dipende dalle politiche che, nei prossimi anni, verranno messe in campo per una migliore qualità della vita nelle nostre città.

All'interno dell'Istituto penale per minorenni di Nisida a Napoli campeggia un murales in ceramica. Sono novecentosessanta mattonelle, di vari colori sgargianti, che riportano i nomi delle vittime innocenti della criminalità organizzata censite dall'associazione "Libera: nomi e numeri contro le mafie". Il titolo del murales è "L'etica libera la bellezza" ed è stato pensato e voluto da don Tonino Palmese, sacerdote da anni in prima linea nella lotta alla cultura mafiosa e coordinatore regionale di Libera in Campania.

Riflettendo su questo slogan da tempo ho maturato la convinzione che anche la cultura dell'ambiente e della sua cura incide in maniera qualificativa sulla formazione di una coscienza etica; da qui l'idea che la bellezza possa aiutare a liberare un pensiero etico ed il bisogno di ripensare gli ambienti di vita, gli spazi, i quartieri da cui provengo i ragazzi che a Nisida arrivano.

Ricorderete che anni orsono si affermò negli Stati Uniti la "teoria delle finestre rotte" , frutto dell'ingegno dei criminologi James Q. Wilson e George Kelling. I due sostenevano che la criminalità è l'inevitabile risultato del disordine.

Secondo gli autori l'impulso ad assumere un determinato comportamento non parte da un particolare tipo di persona, ma da una caratteristica dell'ambiente circostante.

---

\* Direttore dell'Istituto Penale per i Minorenni di Nisida — (Napoli)

2. La Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Napoli, tra le più attive in Italia, ogni anno iscrive circa 4000 nuovi procedimenti a carico di minorenni (nell'ultimo anno 3.203<sup>1</sup>) di cui mediamente la metà riguarda il territorio metropolitano della città di Napoli.

Su scala nazionale i minori denunciati sono circa 40.000 (nell'anno 2011 i procedimenti penali noti sopravvenuti ed iscritti dalle Procure della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni erano 37.430<sup>2</sup>) e pongono il nostro paese in media con gli altri stati europei.

Sul territorio nazionale l'andamento quantitativo è abbastanza eterogeneo. Dal punto di vista qualitativo sono in costante aumento i reati contro il patrimonio aggravati, commessi con violenza, ed i reati contro la persona.

Con le loro azioni questi giovani evidenziano uno stato di forte insofferenza, velatamente lanciano una pressante richiesta di aiuto e di considerazione dal mondo degli adulti e dei loro coetanei.

In loro è presente a un tempo la ricerca dell'identità e il bisogno di visibilità, che li spinge a compiere azioni estreme e pericolose.

Per tali giovani riuscire a strutturare una personalità adulta ed indipendente, principale compito di sviluppo in adolescenza, risulta veramente arduo.

Il rischio, la pratica di attività estreme, sono le uniche modalità che consentono l'attivazione di emozioni o sensazioni coinvolgenti.

Spesso la condotta di questo segmento di popolazione giovanile sfocia in azioni devianti di rilevanza penale.

Ciò che risulta di chiara evidenza è che la criminalità minorile sembra essere un fenomeno proprio delle grandi città, soprattutto in riferimento agli atti di microcriminalità che, seppure meno pericolosi, sono anche quelli verso i quali l'opinione pubblica è più sensibile, in quanto generano un diffuso allarme sociale.

3. I dati tratti dalle denunce a carico di minorenni presentate alle 29 Procure della Repubblica presso i Tribunali per i minorenni nel corso degli anni, consentono di acquisire utili informazioni sul fenomeno della delinquenza minorile.

Utilizzando come parametro le cinque province metropolitane di Milano, Torino, Roma, Napoli e Palermo, alcuni anni orsono una indagine Istat mise in evidenza alcuni aspetti del fenomeno che ancora oggi possono essere ritenuti utili per capire le dinamiche della devianza minorile.

Dall'analisi dei dati emerge il quadro generale della criminalità minorile come fenomeno caratterizzato prevalente da giovani adolescenti di sesso maschile e di età compresa tra i 16 ed i 18 anni;

---

1. Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2014 nel distretto della corte d'appello di Napoli

2. 2° rapporto sulla devianza minorile in Italia . cangemi editore

prevalentemente autoctoni al sud, in pari percentuale senza fissa dimora ed autoctoni al nord; dediti più che altro a reati contro il patrimonio commessi in forma violenta; concentrati nei grandi centri urbani. Da quanto esaminato si ricava la considerazione che nel corso degli ultimi anni il fenomeno non ha sostanzialmente modificato i fattori di genesi, che continuano ad essere prevalentemente:

- l'evasione scolastica
- la mancanza di validi riferimenti nel mondo degli adulti
- le gravi condizioni di disagio sociale

In particolare si è osservato che tra le condizioni che spingono il minore italiano ad agire un comportamento penalmente rilevante sembrano esserci anche motivazioni diverse, radicate nei contesti territoriali, fortemente influenzate dalla cultura e dalla struttura familiare.

4. La situazione scolastica è tra le cause principali della grave devianza minorile. Nel non lontano 2001 i Paesi membri dell'Unione Europea, a Lisbona, si erano prefissati di abbassare il tasso di dispersione scolastica intorno al 10%.

Per quanto riguarda il nostro Paese, da allora sino ad oggi la situazione è migliorata, ma la strada per il famigerato 10% è ancora lunga. I dati del 2012 dimostrano come la situazione sia particolarmente delicata e diversa nelle varie zone d'Italia.

Dal progetto di studio dell'ISTAT denominato "Noi Italia"<sup>3</sup> con calcoli e stime risalenti all'anno 2012 emerge che rispetto agli standard europei l'Italia si trova in una situazione imbarazzante: nella classifica dei 27 Stati membri dell'Unione Europea l'EUROSTAT ci dice che il Paese natale di Dante e Manzoni si trova al quart'ultimo posto in graduatoria. Alle nostre spalle solo i due Paesi iberici (Spagna e Portogallo) e Malta, che si aggiudica il "premio" come peggior Paese.

Nello specifico, il fenomeno si registra, in particolare, sulla frangia maschile del campione analizzato.

5. Oggi un'analisi del fenomeno della devianza deve necessariamente muovere dalla constatazione del senso di insicurezza e disorientamento sempre più frequentemente vissuto dai nuclei familiari di origine degli adolescenti.

I giovani, tanto le ragazze come i ragazzi, che entrano nel circuito penale provengono spesso da una esperienza familiare critica caratterizzata da condizioni di povertà, disgregazione, deprivazione affettiva, maltrattamenti, abusi, presenza di patologie psichiatriche.

Non raramente nei loro nuclei di origine sono stati carenti le dimensioni del contenimento e della cura; talvolta si trovano a vivere una condizione di esclusione ed abbandono.

Sappiamo bene come oggi la famiglia sia priva, oltre che del necessario supporto strutturale dei servizi e di adeguate politiche di sostegno sociale, anche di una idonea cultura solidale che le consenta di uscire fuori dall'isolamento dove il bisogno e le difficoltà la emarginano.

---

3. in [www.istat.it/it/archivio/](http://www.istat.it/it/archivio/)

Ed è evidente, altresì, come in contesti di fragilità sociale ed economica si rendano più evidenti le difficoltà connesse alla funzione di genitori che insieme a condizioni personali di sofferenza, di immaturità, di disagio, di inadeguatezza al ruolo, interferiscono con la possibilità di essere attenti ai bisogni dei bambini e di assumere con competenza le responsabilità educative.

Ne è conseguito un progressivo allentamento della coesione e dei legami di reciproco sostegno che alimentavano la famiglia tradizionale, improntata ad un rapporto di relativa autosufficienza nei confronti della più vasta società laddove buona parte dei bisogni economici, educativi e assistenziali erano assicurati completamente al suo interno: si pensi ad esempio all'educazione dei bambini e all'assistenza nei confronti degli anziani.

Nessuna delle figure essenziali per la crescita di un minore (padre, madre, nonni) sembra più riuscire ad esercitare una presenza densa di significato.

Quel che ne consegue è che il bambino disagiato prima, l'adolescente deviante poi, resta sostanzialmente privo di punti di riferimento reali.

In particolare la scomparsa quasi totale della famiglia tradizionale ha ridimensionato il ruolo una volta svolto dal padre. Anzi la figura paterna, che all'interno di nucleo elementare della società umana formato in senso stretto e tradizionale da genitori e figli, rappresenta l'autorità e la moralità, sfuma speso in una sorta di indefinizione, di marginalità, quando non di contrapposizione e di violenza rispetto ai figli adolescenti.

Padri e figli, dunque. Un rapporto particolare che si rende ancor più interessante se analizzato nell'ambito delle dinamiche complesse dell'appartenenza criminale.

6. Come visto per i giovani la strada, la piazza, il vicolo sono le componenti della loro formazione caratteriale, in questo contesto, impregnato di illegalità, i minori si modellano.

In quest'ultimo secolo la città è cambiata radicalmente e lo spazio del degrado, i territori fragili, le periferie sono la rappresentazione reale e fisica di questo passaggio obbligato e non ancora compiuto, carico di contraddizioni, di tensioni, ma anche di possibilità e di aperture<sup>4</sup>.

Le periferie non sono solo luoghi da curare ma più integralmente luoghi di cui prendersi cura, perché spazi che danno forma al cambiamento e alla trasformazione che qui si annuncia più forte, carica di dubbi e incertezze, di difficoltà e di distorsioni.

Nel 2010 una ricerca dell'Università Cattolica, commissionata dal Ministero degli Interni, ha messo in evidenza come i tratti salienti delle periferie urbane nel nostro paese siano proprio la presenza di sacche ampie di disagio sociale, abitativo e scolastico, insicurezza e degrado urbano, problemi culturali e comunicativi, carenza di politiche sociali<sup>5</sup>.

---

4. quartieri in difficoltà e politiche urbane di *Gabriele Rahaiott E se ripartissimo dalle periferie urbane?*

5. [www.milano.unicatt.it](http://www.milano.unicatt.it)

Negli ultimi anni anche a Napoli si torna a parlare del valore urbanistico di certe periferie prendendo spunto dal dibattito circa la necessità o meno di procedere all'abbattimento delle vele di Scampia.

In questi luoghi gli unici spazi di aggregazione per i ragazzi, non essendoci verde o aree attrezzate, rimangono le sale giochi ed i bar, dove i boss di zona conducono i loro affari; così il minore già incomincia a prendere confidenza con l'ambiente deviante in cui è costretto a vivere.

Il minore, oltre a vivere il disagio derivante dalle continue rinunce imposte dalle ristrettezze economiche, ha l'ulteriore svantaggio di abitare in un contesto ambientale esterno caratterizzato da alto indice di devianza e criminalità, nel quale i servizi essenziali invece che essere garantiti dallo Stato sono offerti dalla malavita. Questa continua esposizione, potrebbe portare il giovane in crescita, mosso da spirito di emulazione o ammirazione per coetanei dalle tasche piene di soldi, a cadere nella trappola della criminalità, ritenendola unica via d'uscita da una situazione generale drammatica.

Coloro che si trovano in una situazione di maggior debolezza e fragilità, che magari hanno problematiche di indigenza alle spalle o che hanno maggiori difficoltà a socializzare, possono essere spinti alla marginalità o, peggio ancora, all'accesso alla criminalità organizzata, contesti questi che si presentano fortemente attrattivi in quanto più semplici e ricchi di opportunità.

7. In molti si interrogano se possa essere fondato sostenere che l'esperienza di bellezza possa avere un peso nella costruzione della personalità.

D'altronde la bellezza, per lungo tempo è stata ritenuta in grado di condurre verso la Verità e il Bene; è impossibile rinunciare alla perfezione del bello, da sempre identificato con i concetti di armonia e benessere.

Come può la bellezza coniugarsi, oggi, con il disagio? Come può coesistere con il malessere abitativo, con un vivere non correlato al bene?

Oggi Recentemente la psicologia ambientale cerca di porre in luce come non sia possibile predire il comportamento umano senza tener conto del "dove" esso si svolge. L'ambiente e l'architettura hanno influenze fondamentali nel formare la nostra identità, i nostri pensieri e le nostre emozioni.

Ugualmente, l'uomo è l'essere vivente che più di ogni altro può modificare l'ambiente per adattarlo ai propri scopi attraverso cambiamenti del territorio e scelte architettoniche.

Per questo la psicologia architettonica si è concentrata soprattutto sullo studio delle modalità attraverso le quali particolari caratteristiche dell'ambiente spazio-fisico possono orientare e influenzare il comportamento e il benessere degli utenti di edifici o spazi costruiti.

Occorre migliorare la fruibilità degli spazi da parte delle categorie di utenti più indifese, con un beneficio per tutti, anche per chi debole non è.

E forse la giusta misura potrebbe essere proprio data dai bambini: una città a misura di bambino, in cui i più piccoli possano muoversi da soli, è una città che riscopre gli spazi di prossimità, la qualità dello spazio pubblico, la mobilità sostenibile, gli spazi verdi e di gioco, la pedonalità.

La bioarchitettura è espressione di un nuovo modo di costruire, contribuendo a cambiare e salvare quel che resta del nostro territorio e, in definitiva, del nostro mondo.

In un mondo profondamente ingiusto, dove gli interessi di pochi affossano la vita e la salute di miliardi di soggetti, la bioarchitettura abbandona una visione puramente tecnica e sceglie una vera e propria antropologia integrale.

È evidente l'ambizione sociale di una disciplina che assume l'eco-compatibilità come principio guida e l'alfabetizzazione ecologica come condizione imprescindibile. Con la bioarchitettura, quindi, non si costruisce solo un edificio, una piazza o un quartiere, ma anche relazioni e qualità della vita.

Lo testimonia il ricorso ai *masterplan*, all'urbanistica partecipata e ad altri strumenti che prevedono l'ascolto dei futuri abitanti e dei fruitori<sup>6</sup>.

In questo senso deve essere letto anche il movimento di *Cittaslow International*<sup>7</sup>, partito dall'Italia alla fine degli anni '90 e oggi diffuso in 150 città in tutto il mondo, che prendendo spunto dalla cura del tessuto urbano e degli spazi collettivi, pone l'attenzione ai temi della sostenibilità ambientale, l'accoglienza, la valorizzazione dei prodotti tipici e del patrimonio culturale, quali valori di riferimento condivisi e ai quali si ispira l'impegno quotidiano delle comunità locali aderenti al movimento.

8. Il tema centrale, dunque, sul quale occorre fermarsi oggi è il rilancio dell'educazione alla costruzione ed alla cura di un ambiente sostenibile atteso che la relazione uomo-ambiente è un "tema" (oggi più attuale e sentito che mai) che ha caratterizzato l'evoluzione dell'umanità fin dalla costituzione delle prime comunità sociali.

L'educazione Ambientale viene da ogni parte considerata quale esempio di 'educazione di qualità' della vita e, malgrado l'aggettivo evocativo, essa non si interessa (solamente) di natura né si preoccupa (esclusivamente) di 'problemi ambientali' ma si approccia ad un ambiente unito, non scindibile in componenti in cui 'natura e cultura' sono strettamente legate.

È auspicabile, a mio avviso, che lo sviluppo della coscienza ambientale diventi parte integrante della formazione della cittadinanza attiva e dei giovani, aumentando così l'attenzione e le preoccupazioni riguardo le problematiche ambientali.

Educare all'ambiente vuol dire, anche, educare a vivere la periferia, vuol dire anche parlare della città nuova, della crescita della città, della città che non è quella storica ma quella nuova, e significa parlare anche della possibilità o impossibilità dell'architettura e della politica di proporre, controllare, intervenire con il progetto su una nuova realtà.

---

6. Autori e curatori WITTFRIDA MITTERER, G. MANELLA, 1° edizione 2013

7. [www.cittaslow.org/](http://www.cittaslow.org/)

9. Perché le nostre periferie e, più in generale, le nostre città non producano patologie simili a quelle che hanno generato le rivolte delle banlieues di alcuni anni orsono in Francia, e che generano quotidianamente disagio e criminalità nel nostro paese, emerge la necessità di identificare e di mettere in atto tempestivamente una serie di interventi che possano far sì che le situazioni critiche non degenerino.

Nel corso dell'analisi sono emerse alcune indicazioni che qui brevemente espongo, a conclusione del mio intervento.

Le aree deboli, e più in generale i quartieri, devono essere luoghi di interazione, di attività collettive, di comunicazione e di scambio.

La loro vita è costruita dalle persone che vi abitano e che debbono trovarvi le opportunità necessarie allo sviluppo di un'appartenenza comune, pilastro sul quale si può costruire una pacifica convivenza.

I quartieri devono pertanto essere, o tornare a essere, riferimenti identitari per le popolazioni residenti, cioè dei "luoghi" e non degli "spazi".

Ma soprattutto devono essere "belli", cioè offrire una qualità della vita che sia gratificante per qualunque individuo e non già deprimente o abbruttente.

Per far fronte al disagio sociale, culturale e abitativo delle nostre periferie, occorre quindi predisporre interventi finalizzati a riqualificare le aree degradate e ad assicurare un'adeguata promozione del territorio.

Se è un dato di fatto che il degrado genera altro degrado (la famosa teoria delle "finestre rotte" verrebbe così confermata anche da questa analisi) si afferma inequivocabile la necessità di interventi solleciti ed efficaci non solo riparativi ma soprattutto preventivi. L'affollamento abitativo, la cattiva qualità dei servizi, la pessima qualità estetica sono cornice e talvolta fonte di tensioni e conflitti.

È quindi necessario gestire, anche in termini di sostenibilità, l'insediamento urbano giacché per assicurare il controllo del territorio, non basta la presenza capillare delle Forze dell'ordine ma è necessaria in prima battuta la responsabilizzazione di coloro che abitano in esso, chiamati a essere protagonisti attivi della vita del luogo nel quale vivono e delle buone pratiche di integrazione e miglioramento della qualità urbana.

Le crescenti condizioni di degrado sociale ed economico, disoccupazione, evasione scolastica, carenza di servizi sociali e assistenza ai minori devono trovare una idonea risposta istituzionale.

È indispensabile e non più procrastinabile nel tempo adottare interventi urgenti e mirati al recupero di minori già coinvolti e prevenire l'ulteriore disgregazione di fasce giovanili.

Nella ricerca affannosa tra la identità "ideale" e quella "reale" dobbiamo favorire per ciascun adolescente la disponibilità di spazi e di tempi in cui possano sperimentarsi in relazioni "altre" rispetto a quelle cui sono stati abituati dalla strada.

Il compito di una società adulta è quello di promuovere e sostenere un cambiamento che passi attraverso l'adozione di un codice di valori sociale rispetto a quello "delinquenziale"; che spinga ad un riconoscimento identitario con la società civile piuttosto che con quella criminale e questo potrà succedere solo se la bellezza della nostra "città reale" avrà sprigionato le energie di un'etica nuova.